النظرية العامة وتطبيقها

في مجال إلغاء العقود الإدارية

في الفقه وقضاء مجلس الدولة

مدى اختصاص قاضي الإلغاء في منازعات العقود الإدارية – أسباب الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري – أحقية غير أطراف العقد في الطعن عليه بالإلغاء – مناط اختصاص قاضي الإلغاء بالطلبات المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية – آثار الحكم الصادر بالإلغاء على العقود الإدارية

دكتور

جمال عباس أحمد عثمان

٢٠٠٧

المكتب العربي الحديث

تليفاكس : ٤٨٤٦٤٨٩ إسكندرية

رقم الإيداع : ١٠٥٥٣ / ٢٠٠٦
الترقيم الدولى : I.S.B.N
977-5125-36-6

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾[1]

صدق الله العظيم

(١) الآية رقم ١ من سورة المائدة .



إهـــداء

إلى والدي برا بهما

وإلى زوجتي لمثابرتها معي حتى اكتمال هذا العمل العلمي

وإلى أولادي زهور حياتي وفلذات أكبادي



مقدمة عامة

إرهاصات إلى البحث :

لا تقتصر جهة الإدارة فى سبيل التعبير عن إرادتها على استخدام القرار الإدارى ، فقد تجد الإدارة وسيلة أنجح فى سبيل تحقيق ما يناط بها من أهداف وهى وسيلة الاتفاق . مع بعض أشخاص القانون الخاص أفراد أو شركات فينشأ بينهما ما يسمى بالعقد ، وفيه تتحدد التزامات وحقوق كل منهما .

ومن ناحية أخرى فإذا كان القرار الإدارى سبيلاً ممكناً لمخاطبة المواطنين فإنه قد لا يكون كذلك بالنسبة لغير المواطنين أفرادا كانوا أو شركات ومن هنا فالعقد هو الوسيلة الوحيدة للتعاون بينهم وبين الدولة التى لا يحملون جنسيتها ، ومن هنا أصبح العقد أداة قانونية لها أهميتها فى تحقيق أهداف الإدارة .

وتتجلى أهمية الالتجاء إلى العقد الإدارى كأسلوب من أساليب تعبير الإدارة عن إرادتها المنفردة فى العصر الحديث سواء على المستوى الداخلى ، والمستوى الدولى نظرا لاتجاه الدولة إلى الاقتصاد الحر والاعتماد أساسا على القطاع الخاص . ففى ظل هذا النظام قد بدت بعض العقود الإدارية أسلوبا للخصخصة . فعوضا عن بيع وحدات قطاع الأعمال العام فإن الدولة تستطيع عن طريق عقد الالتزام وغيره من عقود الخدمات أن تعهد بإدارتها إلى القطاع الخاص وفقا لنظام يتفق عليه أطراف العقد ، ومن هنا برزت أهمية التفاوض والتعاقد كوسيلة لإشراك أكبر عدد من المواطنين فى الحياة الاقتصادية .

وعلى المستوى الدولى ، فإن اتجاه النظام الدولى إلى العولمة وتحرير التجارة الدولية بين الدول وكفالة حرية تداول رؤوس الأموال بين الدول المختلفة مما بدا معه العقد الوسيلة الأساسية لذلك .

هذه الآليات الحديثة أدت إلى زيادة أهمية العقود التى تبرمها الإدارة سواء كانت إدارية أم مدنية أم تجارية حيث يقوم الاقتصاد الحر على التخلى عن الأوامر

وأساليب القهر لإتاحة الفرصة لفاعليات السوق لتحكم العلاقة بين الإدارة والأفــراد حيث تبين أن القهر لا يمكن أن يحقق أهدافا اقتصادية هامة .

ومن هنا فنظرية العقد الإدارى تقوم على أساس تمكين الإدارة من تحقيــق الصالح العام مع سلوك سبيل التفاهم والرضا بينها وبين المتعاقــد الآخــر لتحقيــق أهدافها فى أسرع وقت ممكن، وبأقل تكلفة ممكنة وعلى أفضل نحو ممكــن ولهــذا فإن نظرية العقد الإدارى أفسحت مجالا واسعا للمنافسة الحرة وللتعاون البناء بــين المتعاقد ، وبين الإدارة .

أسباب اختيارنا للموضوع محل هذا المؤلف :

إذا كان هناك الكثير من المؤلفات تناولت موضوع العقد الإدارى بالدراسة والتمحيص إلا أن العديد من الموضوعات التى تكتنف نظرية العقد الإدارى مازالت تشكل غموضا بيناً. فقد طرقت نظرية العقد الإدارى أبــواب الفقهــاء ، وفرضــت نفسها على قمة هواجس المهتمين بالعمل فى المجال القــانونى ، وبــصفة خاصــة رجال القانون العاملين فى الإدارات والمصالح العامة التى يدخل فى صميم أعمالهم إبرام العقود الإدارية لتسيير العمل داخل هذه الإدارات والمصالح العامة .

ونقطة بحثنا تنطلق من مسألة هامة وهى أن جهــة الإدارة عنــد إبرامهــا للعقود سواء كانت من عقود القانون العام أو الخاص فإنها تــصدر عــدة قــرارات إدارية إما تمهيداً لإبرام العقد أو لتنفيذه أو لإنهائه ، وهذه القرارات يطلــق عليهــا القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال عن العقد .

وتندمج هذه القرارات فى عملية التعاقد ، وهنا يمكــن التــساؤل عمــا إذا كانت هذه القرارات جزءا لا يتجزأ من العملية التعاقدية ، وتخضع المنازعات التى تثار بشأنها للقضاء الكامل باعتباره هو صاحب الاختصاص الأصيل فى منازعــات العقود الإدارية أم تعامل على أساس أن لها كيان ذاتى ، ومن ثــم يطعــن عليهــا بالإلغاء استقلالاً عن عملية التعاقد.

وحينما نتناول بالبحث مسألة مدى خضوع المنازعات التى تثـار بـصدد العقد الإدارى لقضاء الإلغاء فحتما علينا أن نبين أن هناك مجالا ودورا فعالا يمكـن أن يكون لقضاء الإلغاء فى نطاق المنازعات التى يثيرها العقد الإدارى فـى كافـة المراحل التى تمر بها عملية التعاقد ابتداء من المرحلة التمهيدية لإبرام العقـد إلـى مرحلة إنهائه .

ويتجلى دور قضاء الإلغاء فى مجال المنازعات التى تنـشب عـن العقـد الإدارى كذلك الآثار التى تنتج عن الحكم الصادر بالإلغاء بالنسبة للمتعاقد وللغير ، ويتضمن ذلك الآثار القانونية التى يثيرها الحكم الـصادر بإلغـاء القـرار الإدارى المنفصل عن العقد .

ومن هذا المنطق يصبح موضوع " العقد الإدارى وقضاء الإلغاء " من أدق الموضوعات التى تحتويها نظرية العقد الإدارى وهى أيضا من الموضوعات البكر التى تحتاج دائما إلى الكثير من الدراسات والأبحاث التى يمكن أن تسهم فى إيضاح بعض الغموض الذى يكتنف هذا الموضوع .

من أجل ذلك كله أثرنا اختيار موضوع البحث محاولين بجهد متواضع أن ننهى منهلاً طيباً من بحر العلم العميق بهدف إثارة رغوة من نور العلم قـد تـساهم كثيراً فى إيضاح ما غمض من المسائل التى تنبثق من الموضـوع محـل البحـث راصدين لفكرة العقد الإدارى وعلاقته بقضاء الإلغاء تأثيرا وتأثرا ، وذلك من حيث المراحل التى يمر بها إبرام العقد الإدارى ابتداء من مرحلة التمهيد لإبرام العقد ثم تنفيذه ثم إنهائه ومدى دور قضاء الإلغاء فى كل مرحلة .

وسوف يكون رائدنا فى هذا البحث هو سرد أحدث الأحكام الصادرة مـن محكمتى القضاء الإدارى والإدارية العليا وأحدث الفتاوى الصادرة عـن الجمعيـة العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بحسبان أن القسم القضائى والقـسم الاستـشارى بمجلس الدولة هما أهم إشعاع لإرساء مبادئ القانون الإدارى بصفته قـانون مـرن يتطور بتطور الزمن وغير مقنن ويعز على التقنين لمواكبة روح العصر .

كما سوف نحاول من خلال بحثنا الماثل أن نضع تصورا متواضعا ميسرا لدور القضاء الإدارى تجاه منازعات العقود الإدارية ، وذلك على ضوء من الدراسة التطبيقية بالأمثلة المستوحاة من أحكام محاكم القضاء الإدارى المصرى والفرنسى .

منهج البحث :

تطبيقا لمنهج البحث العلمى الصحيح ، وحرصا منا على سهولة إلمام القارئ بأهم جوانب الموضوع فسوف نتبع أسلوب المقارنة الموضوعية عند عرض كل فكرة من أفكار البحث ، وذلك بأن نبين فى كل فكرة اتجاهات القضاء الإدارى المصرى والفرنسى مقارنة معا فى فصل واحد أو مبحث واحد حتى لا يتشتت القارئ ويتيسر له الوصول إلى المعلومة بطريقة مبسطة ومباشرة .

وعند إبداء رأينا فى مسألة من المسائل سوف نبرز ذلك فى موضعه كلما دعت الحاجة حسبما تقتضى ذلك طبيعة المسألة المطروحة .

وترتيبا على ذلك رأينا تقسيم موضوع هذا البحث إلى فصل تمهيدى وأربعة أبواب على النحو التالى :

فى الفصل التمهيدى : نتناول فيه مفهوم العقد الإدارى ومعيار تمييزه عن سائر التصرفات القانونية الأخرى .

أما الباب الأول : فعنوانه " ولاية القضاء الإدارى تجاه منازعات العقود الإدارية " وقد قسمناه إلى فصلين : –

الفصل الأول : ويشمل ولاية قاضى الإلغاء قبل منازعات العقود الإدارية .

الفصل الثانى : نتناول فيه ولاية القضاء الكامل تجاه منازعات العقود الإدارية .

****

الباب الثانى : فإن عنوانه : الرقابة على مشروعية القرارات المتصلة بإبرام العقد الإدارى ويشمل فصلين .

الفصل الأول : مراحل وأساليب إبرام العقد الإدارى .

الفصل الثانى : نطاق قضاء الإلغاء فى المرحلة السابقة على إبـــرام العقــد وكــذا مرحلة الإبرام ذاتها .

****

وفى الباب الثالث : نتناول فيه الرقابة على مشروعية القرارات المتصلة بمرحلــة تنفيذ العقد الإدارى وقد قسمناه إلى ثلاثة فصول .

الفصل الأول : أهم المبادئ التى تحكم مرحلة تنفيذ العقد الإدارى .

الفصل الثانى : فهو خاص بالسلطات الممنوحة لجهة الإدارة فى مرحلة تنفيذ العقد وحقوق المتعاقد معها .

الفصل الثالث : نطاق قضاء الإلغاء فى القرارات الإدارية الصادرة بشأن مجـــال تنفيذ العقد الإدارى وفسخه .

****

أما الباب الرابع : فعنوانه أثر الحكم الصادر بالإلغاء على العقــد الإدارى ويــشمل هذا الباب ثلاثة فصول :

الفصل الأول : أثر الحكم الصادر بالإلغاء على العملية التعاقدية .

الفصل الثاني : أثر حكم الإلغاء على القرار محل الطعن .

الفصل الثالث : حجية الحكم الصادر بإلغاء القرار الإدارى المنفصل أمام قاضـــى العقد .

وفى النهاية نفرد خاتمة عامة للبحث تتضمن أهم النتائج التى توصلنا إليها والتوصيات التى نقترحها فى هذا الشأن .

وأخيرا أتقدم إلى كل قارئ ودارس بالشكر على إطلاعه على هذا البحث وأحمد الله وأسجد لعزته وجلاله شكرا الذى شرح لى صدرى ويسر لى أمرى وسهل لى سبل العلم إلى أن توصلت إلى هذا البصيص من نور العلم .

وقد قال الله تعالى فى محكم آياته :

" وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون "

صدق الله العظيم

وعن أبى حنيفة رضي الله عنه قال :

" علمنا هذا رأى فمن جاء بأحسن منه قبلناه "

الفصل التمهيدى

مفهوم العقد الإدارى
و معيار تمييزه



المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري
وسمات طبيعته الإدارية

استقر الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو مصر علي تعريف العقد الإداري بأنه الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها ، وتظهر فيه النية على الأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم وبعض ، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد ، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد . (١)

وتأسيساً علي ما تقدم فإن العقد الإداري يستلزم توافق إرادتين تتجهان إلي إحداث أثر قانوني معين، ومن ثم فإن العمل الشرطي الذي يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلي أشخاص بذواتهم لا يعتبر عقدا إنما هو عمل صادر بالإرادة المنفردة للإدارة(٢).

كما يستفاد من التعريف السابق أنه ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة مع احد الأشخاص الخاصة أو العامة كلها عقوداً إدارية ، إنما يتعين أن يكون العقد بمناسبة إدارة أو تسيير مرفق عام وأن تأخذ الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها

---

(١) راجع في هذا الشأن بالإضافة إلي المؤلفات الفقهية العامة في القانون الإداري أ.د / سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – الطبعة الرابعة ١٩٨٤ ، ص ٤٨ وما بعدها ، أ.د / عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإداري ١٩٨١ ص ٢٩ وما بعدها ، أ.د / محمد سعيد حسين أمين – دراسة مقارنة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها وفقا لقانون المناقصات والمزايدات في مصر ١٩٩٤ ص ٩ وما بعدها ، أ.د / أنس جعفر – العقود الإدارية ص ١٣ .

- Andre de laubadere et autre : traite des contrats administratifs 1983 . Jean Trancois, Ala recherche du critère du contrat administratif, Revue de droit public 1971 . P. 817.

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا ٤١٨ /١٩٦٧ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمس عشرة سنة ١٩٦٥ – ١٩٨٠ ص ١٨٣١.

سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها مثل حق تعـديل العقد وإنهائه في غير حالات إنهاء العقد المقررة في القانون المـدني وحقهـا فـي مراقبة أداء المتعاقد معها وحق الإدارة في فرض مقابل أداء الخدمة وتحديد السـعر إذا كان المتعاقد ملتزما يقتضي حقه من المنتفعين بالمرفق العام .(١)

يتضح مما سبق أن للعقد الإداري ثلاثة عناصر هي : -

١- أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاماً .

٢- أن يتعلق العقد بإدارة أو تنظيم أو استغلال أحد المرافق العامة .

٣- ان يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

وكل عنصر من هذه العناصر الأساسية للعقد الإداري سوف نوليه ببحـث مختصر عند تناولنا المبحث الخاص بمعيار تمييز العقد الإداري عـن غيـره مـن التصرفات القانونية الأخري .

ومن هنا يمكننا القول في عجالة أن العقد الإداري شأنه شأن العقد المـدني فكلاهما عبارة عن اتفاق إرادتين علي احدث أثر قـانوني معـين ، ولكـن العقـد الإداري يتم إبرامه وفقا لشروط وضوابط تختلف عن العقود المدنية التـي ينظمهـا القانون الخاص ، وهذا ما سوف نبرزه في موضعه .

ويسوقنا البحث إلي بيان مدلول العقد الإداري في كل من فرنـسا ومـصر وذلك لبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما في مدى التمسك بعناصر العقد الإداري مجتمعه أو يمكن الاستغناء عن إحداها .

في فرنســـا :

يعرفون العقد الإداري بأنه " العقد الذي يبرمه شخص عام أو يبرم لحسابه ، ويخضع في منازعاته للقانون الإداري والقضاء الإداري سواء ينص صريح فـي القانون أو لتضمنه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، أو إذا كـان

(١) راجع في ذلك الموسوعة الإدارية الحديثة د. نعيم عطية وحسن الفكاني الجزء ١٨ ص ٦٧٥.

يعهد للمتعاقد الآخر بالمساهمة المباشرة في إنجاز أو تسيير مرفق عام .[1]

يستخلص من هذا التعريف للعقد الإداري في فرنسا أن العقد يكون إداريـاً إذا توافرت فيه الشروط الآتية : -

أولا : إذا كان أحد طرفيه علي الأقل شخصا عاماً أو وقع لحساب هـذا الـشخص العام .

ثانيا : إذا نص المشرع علي اعتبار العقد إدارياً : فقد يخصص المشرع عددا مـن العقود يضفي عليها الطابع الإداري وذلك لمصلحة يراهـا المـشرع فـي إضفاء هذا الوصف علي العقد.

ثالثا : إذا تضمن العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص .

رابعا : إذا كان العقد يعهد للمتعاقد بالإسهام المباشر في تسيير مرفق عام .

ومما تجدر ملاحظته أنه فى فرنسا لا تشترط اجتماع هذه الحالات مجتمعه لاعتبار العقد إدارياً بل يكفي وجود إحدى هذه الحالات لـصبغ العقـد بالـصبغة الإدارية وسندنا في ذلك أن الفقرة الخاصة بتعريف العقد الإداري تضمنت كلمـة " أو " ولم يتضمن استخدام حرف " الواو" وهذا عكس الأمر في مصر علي النحـو الذي سوف نستعرضه في النقطة التالية ونتحفظ علي الشرط الأول مـن شـروط العقد الإداري الخاص بأن يكون أحد طرفيه شخصاً عاماً أو وقـع لحـساب هـذا الشخص العام فهذا الشرط لا يكفي وحده لوصف العقد بأنه عقد إدارى بل لابد من إضافة أحد الشرطين التاليين له .

في مصـــر :

يؤكد القضاء المصري في العديد من أحكامه علي ضرورة اجتمـاع عـدد من الشروط لكي يكون العقد إداريا ، وتنتفي هذه الصفة إذا تخلف أحد هذه الشروط وتطبيقاً لذلك نجد أن المحكمة الإدارية العليا تعرف العقد الإداري تعريفا يجمع بـين شروطه الثلاثة فتقول " إن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي مـن

(١) Lexique de termes juridei que S.P.I ٤٩ .

أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص ". [1]

وتأخذ محكمة النقض بنفس الشروط التي جاءت في أحكام المحكمة الإدارية العليا فتقول " لما كان مناط العقد الإداري أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه ، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهي انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص ، لما كان ذلك وكان عقد الاشتراك في خطوط الهواتف الذي تبرمه الهيئة العامة المختصة بقصد الاستفادة من خدمة المرفق الاقتصادي الذي تديره لا يتناول تنظيم المرافق أو تسييره ومن ثم يخضع للأصل المقرر في شأن سائر العقود التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص ، ولا يغير من ذلك ما يتضمنه هذا العقد من شروط استثنائية مألوفة في عقود الإذعان المدنية التي نظمها القانون المدني بأحكام تكفل رفع مضارها عن الطرف الضعيف في التعاقد، ومن ثم تكن المنازعة المطروحة منازعة مدنية بشأن عقد مدني مما يختص جهة القضاء العادي بالفصل فيه " [2]

كما انتهجت المحكمة الدستورية العليا نفس النهج السابق في أحكام المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض فقالت " إن العقد الإداري هو الذي يكون أحد طرفيه شخصاً معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية ، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية

---

(١) راجع في ذلك الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ١١ عليا جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠ ، وحكمها في الطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٨٤/٢/١١.

(٢) نقض مدني الطعن رقم ٧٦٧ س ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٦ مجموعة المكتب الفني جـ ١ ص ٦٨٨ قاعدة رقم ١٣٥ الطعن رقم ٣١٦ س ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٥ مجلة القضاة س ٢٥ ع١ ص ٤٤٥ .

بالنسبة إلي روابط القانون العام [1]

وهكذا نجد أن تعريف العقد الإداري في مصر يشمل ثلاثة عناصر هي :

١- المرفق العام .

٢- وجود شخص عام في العقد .

٣- وجود شروط استثنائية في العقد .

وسوف نبحث هذه العناصر كلا علي حدة في الفصل الخاص بمعيار تمييز العقد الإداري .

سمات الطبيعة الإدارية للعقد الإداري : -

بينما فيما سبق أن العقد الإداري يدور حول فكرة أساسية جوهرها هو أنه وسيلة موضوعة تحت تصرف الإدارة للتعبير عن إرادتها نحو تأمين سير المرافق العامة بإنتظام واطراد .[2]

وأن العقد الإداري وإن كان يتفق مع العقد المدني في بعض أحكامه إلا أن هناك مشاكل تثار عند تطبيق بعض قواعد القانون المدني علي العقد الإداري أخصها قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ونعلم أن الإدارة لا تقف علي قدم المساواة مع الفرد المتعاقد معها بالإضافة إلي ذلك كيف يتسني إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها قبل المتعاقد دون أن يكون لها التملص منها أو تعديلها بإرادتها المنفردة .

ونأتي في مقام البحث في السمات العامة للطبيعة الإدارية للعقود الإدارية إلي التركيز علي أهم الآثار التي تتولد عن كون العقد المبرم عقدا إداريا .

---

(١) محكمة الدستورية العليا القضية رقم ١ لسنة ١٢ ق تنازع جلسة ١٩٩١/١/٥ الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا جـ ٤ من يناير ١٩٨٧ حتي آخر يونيو سنة ١٩٩١ ص ٥٣٦ قاعدة رقم ٢٦ .

(٢) Jeze . Le Regime juridique du contrat administratif . R.D.P. ١٩٤٥ .P. ٢٥٧

أولا : تغليب المصلحة العامة علي المصلحة الخاصة :

في العقد الإداري نجد مجالاً واسعا لقاعدة عدم المساواة بين طرفي العقد فمصالح الأطراف المتعاقدة مختلفة تماما وعلي النقيض فالشخص المعنوى العام يمثل دائما المصلحة العامة والآخر يمثل مصلحة فردية خاصة واختلاف هذه المصلحة هي التي تبرر وجود نظام قانوني يحكم العقود الإدارية مختلفاً تماما عن النظام القانوني الذي يحكم قواعد القانون الخاص.

ويوضح المفوض Corneille هذه الخصوصية في تقريره المقدم في قضية Gez de poissy حيث يقول " في كل عقد يتصل بسير المرافق العامة فإن الدولة لا تتعاقد كأي فرد عادي فهي لا تبحث عن تحقيق مصلحة فردية ، وإنما تتعاقد من أجل المجموع من أجل الشعب من أجل المنتفعين بالمرافق العامة من أجل المصلحة العامة وبالتالي في كل مرة تبرم فيها عقدا متعلقاً بمرفق عام فإنها تستهدف شيئا مختلفاً عما يستهدفه المتعاقد الخاضع للقانون المدني أو التجاري — وبما أنها تستهدف شيئا آخر فإنه لا يجب أن يطبق علي هذا الشئ نفس القواعد التى تخضع لها عقود القانون الخاص ."(١)

وهو ما يؤكده مجلس الدولة المصري باستمرار في أحكامه وفتاويه منها حكم للمحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٢/١١/١٥ (٢) حيث تقول " تتميز العقود الإدارية " عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة علي مصلحة الأفراد الخاصة ذلك أنه إذا كان المتعاقدان في العقود المدنية يستهدفان تحقيق نفع مادي ، ومصلحة شخصية فإن الأمر في العقود الإدارية يختلف عن ذلك لأن جهة الإدارة وهي أحد

---

(١) Corneille – concl – sur – CE. Fev 1949 –. Gaz de poissy. R.P 124 . R. D. P1919 p, 246

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ ، وراجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المجموعة العليا ٢ ق ص ١٦٣٧ مجموعة العقود في خمسة عشر عاما ص ١٥٢ ، وكذلك حكمها في ١٩٦٩/٧/٥ – المجموعة السنة ١٤ ص ٩٣٢ مجموعة العقود في خمسة عشر عاما ص ٢٥٩ .

طرفيه لا تبغي مصلحة شخصية بل تتعاقد لمصلحة المجموعة وهـدفها المـصلحة العامة وهي القوامه عليها والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقهـا وتنظيمهـا فهـي تتعاقد لتكفل حسن سير المرفق وأنتظامه واستمراره وإنجاز الأعمـال والخـدمات المطلوبة علي وجه مرضي وفي المواعيد المقررة .

وفي فتوى الجمعية العمومية لقـسمي الفتـوي والتـشريع الـصادر فـي ١٩٥٦/١٠/٢٣ حيث أشارت إلي أن " العقود الإدارية تختلف فـي طبيعتهـا عـن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وشخص مـن أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة ومركـز المتعاقـدين فيهـا " العقود الإدارية " غير متكافئ إذ يجب أن يراعي فيها تغليب الصالح العـام علـي الصالح الخاص ، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عنـد تطبيقه وتفسيره .[1]

ولأهمية المصلحة العامة يقول مفـوض الحكومـة Tordieu علـي أن المحاكم الإدارية لها الحق في أن تكون أكثر قسوة في تقدير سـلوك المتعاقـد وأن تطالبه بجهد أكبر لضمان تنفيذ عقده مما قد تطلبه المحاكم العادية من المتعاقد فـي نطاق القانون الخاص [2] .

وقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري بأن " المدعي المتعهد بالتوريـد وقد التزم في مواجهة الإدارة بعقد إداري خالص يتعـين عليـه أن يقـوم بتنفيـذ التزاماته وفقا لطائفة من القواعد والأصول هي أكثر قوة وأمعن دقة من تلك التـي يجري تطبيقها في ظل عقد من عقود القانون الخاص ، والمـصلحة العامـة التـي تهدف إلي انتظام المرفق العام تحرص علي اتباع تفسير حازم لالتزامات من تعهـد بالتوريد ، وفي مقدمة تلك القواعد والأصول التي تحكم عقد التوريد الإداري قاعدة أن المصلحة العامة لانتظام سير المرفق العام لا يصح أن تتأثر في شئ بالمـصلحة

---

(١) راجع مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتـشريع – مجموعة سمير أبو شادي طبعة سنة ١٩٦٤ ص ٧٥١

(٢) Tardieu, Concl – Sur .C.E 29 Jan. 1909 Comp agine des messageries maritimes . 1910.-3 –89

الخاصة التي قد تشغل بال المتعهد بالتوريد فعليه ، وقد ارتضى أن تساهم بنصيب في نشاط ذلك المرفق العام مضاعفة الدقة والحرص في تنفيذ ما تعهد به من التزامات[٣]

ثانيا : من سمات الطبيعة الإدارية للعقد الإداري أنه لا يجوز الدفع فيه بعدم التنفيذ :

لحماية المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة تشيد النظام القانوني للعقد الإداري علي أساس عدم تمكين المتعاقد مع الإدارة من الإضرار بالمصلحة العامة والإخلال بحسن سير المرفق العام لذلك فإن من المقرر كأصل عام أنه ليس للمتعاقد التمسك في مواجهة الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ . Exception de non execution. فلا يحق للطرف المتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزاماته قبل الإدارة بدعوى عدم تنفيذها لالتزاماته .

عكس الأمر بالنسبة للعقود المدنية فإن المستفاد من نص المادة رقم ١٤٨ من القانون المدني أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية هذا المبدأ ، وعلي ما جري به إفتاء الجمعية العمومية هو أصل من أصول القانون التي تحكم العقود المدنية والعقود الإدارية علي حد سواء بمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه في العقد فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسئولا عن إخلاله بالتزامه التعاقدي ووجب حمله علي الوفاء بهذا الالتزام وصار تحميله بما رتبه العقد من جزاءات كغرامة التأخير أمرا واجباً – وقد لاحظت الجمعية العمومية أن أمر التوريد في الحالة المعروضة بعد أن حدد مدة توريد المطبوعات محله وهي خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام أمر التوريد وأن تأخير الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية في توريد المطبوعات المتعاقد عليها بعد انتهاء مدة التوريد المتعاقد عليها لا يترتب علي الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية في توقيع غرامة تأخير علي الهيئة الموردة لتأخيرها في توريد المطبوعات – لا يشفع للهيئة أن أمر تأخيرها في التوريد راجع إلي عدم

---

(٣) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٦/٤/١ المجموعة السنة ١٠ ق ص ٢٧٣ .

إضافة ضريبة المبيعات علي قيمة أمر التوريد لا يشفع لها ذلـك بـالنظر إلـي أن اشتراط إضافة ضريبة المبيعات إلي قيمة أمر التوريد أو ورود الـرد مـا هـو إلا محض تعديل لشروط التعاقد من جانب واحد بلا سند يتيح لها ذلك بالإضـافة إلـي أنه من المقرر أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز في العقود الإداريـة لمـا تنفرد به من خصائص تميزها عن غيرها من العقود [١] .

وفى هذا يقول مفوض الحكومة Odent بصدد نزاع حول عقـد التـزام مرافق عامة "في جميع الأحوال لا يمكن أن ننكر علي فرد أو شركة أن تدافع عـن مصالحها ، ولكن مستغل المرفق يشغل مركزاً خاصاً ويجب عليه أن يقـوم بـأداء الخدمة طالما أنه لم يواجه بعقبة مادية أو أستحالة مطلقة تمنعه من أداء الخدمة بـل حتى ولو أدي هذا الأداء إلي حد إفلاسه مع الاحتفاظ بحقـه فـي طلـب الفـسخ ، والحكم بطريقة أخري معناه تجاهل أن استمرار سير المرفق العام يعد مبدأ أساسـي في قانون الالتزام بالمرافق العامة ومعناه تقديم مصلحة فردية علي المصلحة العامة المكلفة بها الشركة " . [٢]

وهذا ما تؤكده أيضا المحكمة الإدارية العليا في حكمهـا الـصادر فـي ٥ يونيو سنة ١٩٦٩ حيث جاء فيه : من المبادئ المقررة أن العقود الإداريـة تتميـز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد تـسييره ، وتغليـب وجـه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فلا يسوغ للمتعاقـد مـع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلي الإخلال بالوفاء بأحد التزاماته قبله بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يـستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عـن إخلالهـا بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيـذ

---

(١) راجع في ذلك فتوى رقم ٤٥٣ بتاريخ ١٩٩٥/٦/٨ ملف رقم ٢٥٤٥/٢/٣٢. وراجع ذلـك المبدأ في الفتوي الصادرة بجلسة ١٩٩٥/٤/١٩ رقم ٣٢٨ بتاريخ ١٩٩٥/٤/٢٣ ملف رقـم ٢٥٥٠/٢/٣٢.

(٢) Odent concl sur C.E. 23 Juin 1944- Ville de Toulon . R. D. P. 1945. P. 106

العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي .

يستفاد مما تقدم أن اصطباغ العقد بالطبيعة الإدارية يخضع العملية التعاقدية بأكملها أو في جزء منها لنظام قانوني مغاير تماماً للنظام القانوني المتعارف عليه في العقد المدني فجوهر النظام القانوني للعقد الإداري هو تغليب المصلحة العامة علي المصلحة الخاصة ويجب أن تجند كل المبادئ والبنود التي يحتويها العقد الإداري لتحقيق هذه المصلحة وأخصها تسيير المرفق العام بانتظام وأطراد وهذا يتقضي كذلك تخويل الشخص المعنوى المتعاقد أو المتعاقد لحسابه الشخصى وباسم الشخص المعنوي بعض امتيازات السلطة العامة وفي نفس الوقت تقييد الحقوق المخولة للفرد المتعاقد التي لو استخدمها لهدمت المصلحة العامة أساس العقد .

المبحث الثانى

معيار تمييز العقد الإداري

تمهيد وتقسيم :

لاشك ان معرفة المعيار المميز للعقد الإداري وكيفية التمييز بينه وبين عقود القانون الخاص تعد من الأمور الجوهرية التي تبرز الأهمية العملية والنظرية للآثار التي تنشأ عن تحديد هذا المعيار فمن الناحية العملية نجد أن تحديد هذا المعيار يعنينا في حسم مشكلة الاختصاص فتحديد هذا المعيار ييسر للقضاء التصدي للموضوع إذا كان داخلا في اختصاصه ، كما يساعد المتقاضين علي معرفة القضاء المختص بنظر المنازعة ، وبذلك يمكنهم اللجوء مباشرة إلي الجهة القضائية المختصة بدلا من إضاعة الوقت وزيادة الأعباء المالية حين الالتجاء إلي جهة قضائية غير مختصة .

كما يترتب علي تحديد الطبيعة الإدارية للعقد نتائج هامة من ناحية النظام القانونى الذي تخضع له ، وأيضا من جانب الاستقلالية التي تنبع من فكرة المصلحة العامة ، والتي ينعكس أثرها علي حقوق كل من الشخص المعنوى العام والمتعاقد معها والتزاماتها .

بالإضافة إلي ذلك فإن مجرد وجود الشخص العام كطرف في العقد ، وتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنه لا يكفي لإضفاء السمة الإدارية عليه ' لذلك فإنه من الأهمية بمكان البحث عن المعيار الذي يساعدنا علي اكتشاف السمة الإدارية للعقد محل البحث أو المنازعة .

ويلاحظ أن مشكلة تمييز العقد الإداري لا تثار بالنسبة للعقود التبعية ، والتكميلية فهذه العقود لا توجد مستقلة وإنما مستندة إلي عقد سابق، وقائم بين المتعاقدين".[1] حيث تنصرف إليها طبيعة العقد الأصلى أو السابق فإذا كان الأخير من طبيعة إدارية فإن العقد التكميلي يأخذ طبيعته حتى ولو تخلف فيه عنصر من

(١) Andre de laubadere – op. cit. p.٢٩.

العناصر التي حددت طبيعة العقد الأصلي علي أساسها[1] وهذا ما تؤكـده أحكـام القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا .

ففي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٨/٥/١٨ " بخـصوص نزاع حول عقد أبرمته وزارة التربية والتعليم مع أحد المؤلفين لمراجعـة بروفـات كتاب المطالعة للمدارس الإعدادية كان قد تنازل مع غيره بمقتضي عقد عن تأليفـه ، وحدث إن أخطأ المؤلف في الغلاف خطأ ترتب عليه إعادة طبعة فرجعت عليـه الوزارة بالتكاليف أمام محكمـة القـضاء الإداري ، ولكـن المؤلـف دفـع بعـدم الاختصاص استنادا إلي أن عقد مراجعة بروفات الكتاب لا يحتوى علـي شـروط استثنائية وبالتالي لا يعد إداريا – قضت المحكمة بعـدم اختـصاصها – غيـر أن المحكمة الإدارية العليا ألغت الحكم ، وذلك علي أساس أن العقد مثار النزاع يعتبـر مكملا للعقد الأصلي المبرم مع المؤلفين والذي تنازلوا فيه عن تأليف الكتاب .

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا إنه " ولما كان القضاء الفرنسي في هذا الصدد (قد قطع) بأن هذا العقد المكمل تنصرف إليه طبيعة العقـد الأصـلي بحكم ارتباطه به وتعويله عليه فإذن لا حاجة البتة فـي اسـتظهار أركـان العقـد الإداري فيه لتوافر أركان العقد الإداري في العقد الأصلي [2] .

وفي فرنسا قضت محكمة التنازع الفرنـسية فـي حكـم Ville d' Eaubanne. والذي قررت فيه أنه " طالما أن العقد لا يعد مكملا أو تابعا لعقد إداري وطالما أنـه لا يحتوي علي شروط استثنائية أو يتعلق بتنفيذ مرفق عام فإنه يعـد عقـداً مـدنياً يخضع لاختصاص المحاكم العادية [3]

ومن خلال البحث في أحكام القضاء الإداري في كل من مـصر وفرنـسا

---

(١) راجع د./ محمد فؤاد عبد الباسط " أعمال السلطة الإدارية طبعة ١٩٨٩ – الإسكندرية صـ ٢٨١ .

(٢) راجع مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٣ صـ ١٩٥٣ ، وبخصوص الوقـائع راجع د. سليمان الطماوى العقود الإدارية صـ ٩٨.

(٣) T.C ١٢ janv. ١٩٨٧. Ville d'Eaubanne . R.D.P. ١٩٨٨.

نجد أن معايير تمييز العقد الإداري تنحصر في ثلاثة هي : معيار الشخص العـــام ، ومعيار المرفق العام ، ومعيار الشروط الاستثنائية أو الشروط غير المألوفـــة فـــي القانون الخاص .

وسوف تكشف دراسة هذه المعايير عن سؤال جوهري وهو هل يكفي أحد هذه المعايير لصبغ العقد بالصبغة الإدارية أم أنه لابد من اجتمـــاع هـــذه الـــشروط الثلاثة في العقد لكي يكون إدارياً ؟

وكذا هل من الممكن أن يكتسب العقد الـــصفة الإداريـــة إذا تـــوافر فيـــه معياران فقط من هذه المعايير ؟ هذا ما سوف نبينه بمشيئة الله عند تناولنا بالبحـــث كل معيار من هذه المعايير السابقة

تقسيم :

سوف أتناول بحث هذا الموضوع طبقا للخطوات التالية : –

المطلب الأول : اتجاه القضاء فى فرنسا ومصر لتحديد معيار تمييز العقد الإداري.

الفرع الأول : اتجاه القضاء الفرنسى في تحديد معيار تمييز العقد الإداري .

الفرع الثانى : اتجاه القضاء المصرى فى تحديد معيار تمييز العقد الإدارى .

المطلب الثانى : اتجاه الفقه الفرنسي والمصري في تحديـــد معيـــار تمييـــز العقـــد الإداري .

المطلب الثالث : المعيار التقليدى فى تمييز العقد الإداري .

الفرع الأول : نصوص القانون كمعيار فى تمييز العقد الإدارى .

الفرع الثاني : موضوع العقد كمعيار فى تحديد طبيعة العقد .

المطلب الرابع : أركان وعناصر العقد كمعيار لتحديد طبيعته القانونية .

المطلب الخامس : تقييم معايير تمييز العقد الإداري .

المطلب الأول

اتجاه القضاء في فرنسا ومصر لتحديد معيار تمييز العقد الإداري

تمهيد :

ذكرنا فيما سبق أن تحديد الطبيعة الإدارية للعقد يترتب عليها نتائج هامة سواء من زاوية الاختصاص القضائي أو من حيث النظام القانوني الذي يخضع له ، وكذلك من حيث الاستقلالية التي تتبع من فكرة المصلحة العامة وينعكس أثرها علي حقوق والتزامات كل من الشخص المعنوي العام والمتعاقد معها وقد اعتمد القضاء علي التمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية علي ضابطين الأول شكلي أو عضوي ينظر فيه إلي أطراف العقد علي أساس أن أحد طرفيه جهة إدارية بصرف النظر عن القواعد التي تحكمها أو المحاكم المختصة بالنظر في منازعاتها والثاني موضوعي يعتمد من جهة علي صلة العقد بالمرفق العام ومن جهة أخري علي شروط العقد التي تدل علي مدي اتباع المتعاقدين لأساليب القانون العام في تعاقدهم ووسائله بالإضافة إلي هذين الضابطين يوجد معيار الاختصاص والذي مضمونه أن العقد يوصف بأنه إداري إذا كان من اختصاص المحاكم الإدارية فمتي أناط القانون الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ بشأن عقد معين إلي محكمة إدارية أصبح العقد إداريا دون اعتبار للأسباب التي دفعت المشرع إلي تقرير هذا الاختصاص ودون النظر إلي طبيعة ذلك العقد .

وقد تناوبت هذه المعايير الثلاثة الغلبة في القضاء الإداري المصري والفرنسي منذ نشأته حتي انتهي إلي الأخذ بالمعيار الموضوعي وسوف نبين موقف كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري في تحديد معيار تمييز العقد الإداري في الأفرع التالية :

الفـــرع الأول

اتجاه القضاء الفرنسي في تحديد المعيار المميز للعقد الإداري

في بداية الأمر كان معيار تميز العقد الإداري في فرنسا لا يثير كثيراً مـــن المشكلات حيث كان يعتمد على الضابطين الشكلي والموضوعي مجتمعين ثم بـــدأ القضاء الفرنسي يتجه نحو تطوير الضوابط السابقة ففي مطلع القرن الحـــالي ســـاد معيار احتواء العقد علي شروط استثنائية غير مألوفة فـــي القـــانون الخـــاص les clauses exorbitantes كمعيار لتميز العقد الإداري ذلـــك الاتجـــاه الـــذي بـــدأ بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة الجرانيت في ١٩١٢/٧/٣١ .

ثم توالت بعد ذلك أحكام القضاء الفرنسي لتدعيم الاتجاه الـــذي بـــدأ عـــام ١٩١٢ والذي يقضي بأن عقود الإدارة لا تصطبغ بالطابع الإداري ، ولا تدخل في اختصاص القاضي الإداري إلا إذا تضمنت شروطا اســـتثنائية ، وتـــرددت أحكـــام القضاء الفرنسي بين استلزام ، وعدم استلزام اجتماع شقي الضابط الموضوعي معا لوصف العقد بأنه إداري ففي بعض الأحكام يكتفي بشرط اتصال العقد بمرفق عـــام لوصف العقد بأنه إداري [١] .

وتارة أخري يستلزم توافر جانبي الضابط الموضوعي معا .. من هذه الأحكـــام الحكم الصادر في ١٩١٠/٦/٤ فـــي قـــضية CIe d' assureuce le soleil [٢] حيـــث قررت محكمة التنازع أن العقد المبرم بين وزارة الحربية وإحـــدي المـــدن بـــشأن استئجار مبني لإقامة القوات العسكرية مع اتصاله بمرفق عام لا يعد عقـــداً إداريـــاً لعدم احتوائه علي شروط غير مألوفة في القانون الخاص . كما نجد أنه في بعـــض الأحكام اكتفي مجلس الدولة الفرنسي بعنصر احتواء العقد علي شـــروط اســـتثنائية لوصفه بأنه إداري دون بحث عما إذ كان العقد يتصل بنـــشاط مرفـــق عـــام فقـــد اعترف المجلس بعقد توريد محركات الطائرات لدولة أجنبية بانه عقد إداري نظـــرا

(١) C. E Mars ١٩١٠ therond R.p. ١٩٣, .S. - ١٩١١ – ٣-١٧ concl pichat R. D. p.
١٩١٠- p. ٢٥٣ note jeze
١٩١١- ٣-١٧ note Hauriou .

(٢) note jeze R.P. ١٤٩-R.D.p. ١٩٧٠- ٤٧٤

لما يتضمنه من شروط استثنائية مستمدة من إبرامــه وفقــا للــشروط والأوضــاع المحددة في دفاتر الشروط الخاصة بوزارة الحربية والطيران الفرنسية .(١)

ومن هنا نجد أن كل عنصر من عناصر الضابط الموضوعي يكفي وحــده لإضفاء الصفة الإدارية علي العقد ولو لم يكن يحتوي علي شروط استثنائية فإذا لــم يكن يتصل بتنفيذ أو تسيير مرفق عام أو كان اتصاله به غير كــاف فإنــه لا يعــد إدارياً إلا إذا كان يحتوي علي شروط استثنائية غير مألوفة فأحد هذين الــضابطين كاف بذاته للتعرف علي الطبيعة الإدارية للعقد وتأكيدا لهذا القول أصــدر المجلــس حكمين الأول في ١٩٥٦/٤/٢٠ في قضية الزوجين " برتان " حيث اســتند مجلــس الدولة الفرنسي لكي يقضي باختصاصه بنظر هذه الــدعوى إلــي أن العقــد كــان موضوعه أن يعهد إلي المتعاقدين تنفيذ المرفق العام ذاته ومن حيث أن هذه الواقعة تكفي بذاتها وحدها لأن تصبغ الاتفاق موضوع النزاع بطــابع العقــد الإداري دون حاجة للبحث عما إذا كان العقد يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة فــي القــانون الخاص فإن هذا العقد يخضع لاختصاص القضاء الإداري ، وكذلك في حكم شركة جوندران حيث قضي المجلس بأن العقد المبرم بين الإدارة وبين احــدي الــشركات للتخليص علي البضائع ونقلها يعد عقدا مدنيا وذلك علي أساس أن العقد لم يتــضمن إحالة إلى أحد دفاتر الشروط وأنه ليس من بين أحكامه ما يعد شــروطاً اســتثنائية حتى وإن كان العقد قد أبرم لخدمة مرفق عام إلا أن موضوعه لــم يكــن تكليــف الشركة المدعية بتنفيذ المرفق العام ذاته " .

وأضاف القضاء الفرنسي منذ عام ١٩٧٣ ضابطاً لم يقم بتحديده على وجه الدقة وهو فكرة إبرام العقد في إطار نظام استثنائي من القــانون الخــاص والــذي أصبح يكفي وحده لإضافة الوصف الإداري علي العقد حتي ولو لــم يحتــو علــي شروط استثنائية ولم يكن له أدني صلة بمرفق عام ، وكذلك تخلي القضاء الفرنسي عن الضابط الشكلي الذي يقتضي وجود أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عام منــذ عام ١٩٦٣ حيث ظهرت فكرة شركات الاقتصاد المختلط في مجال الأشغال العامة

---

(١) C.E ١٢ Dec ١٩٣٠ ste des moteurs gnome et R hone ١٩٣١-١-٤١٧

المتعلقة بالطرق فالتجأ البعض إلى أن يعلن صراحة عن وجوب التخلي عن هذا الضابط والاكتفاء فقط بصلة العقد بالمرفق العام كمعيار لتميز العقد الإداري سواء كان المرفق العام مرفقا إداريا أو مرفقاً تجاريا أو صناعياً ودون تفرقة بالنسبة لهذه المرافق الأخيرة بين عقود مع المنتفعين وعقودها مع غير المنتفعين كمعيار مميز للعقد الإداري [(١)]

وخلاصة ما تقدم

فإنه يمكن رد معيار تميز العقد الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلي طائفين هما :

أ – المعيار المرتبط بفكرة المرفق العام .

ب– المعيار المرتبط باحتواء العقد علي عناصر استثنائية .

وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يمكن تعريف العقد الإداري بأنه " ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو تظهر فيه الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام . ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حكم المجلس الصادر في ١٩٨٨/٦/١٠ والذي قضي بأن موضوع العقد غير المتصل بتنفيذ مرفق عام والذي لا يحتوي علي أية شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص لا يعتبر عقدا إدارياً وإنما من عقود القانون الخاص ، وبالتالي فإن القضاء الإداري غير مختص بنظر المنازعات المتعلقة به.[(٢)]

---

(١) RAINAUDJ. M. op. cit p ١٢٠٢

(٢) C.E ١٠ juin ١٩٨٨ . dte comptoir d' electricite France Belge. C ville de paris R.D.A CI. A .٢٧ Annnee no ١ juillet ١٩٨٨ P ٣. A un contrat qui n'ait pas pour object l'execution d'un service public et que ne comportait aucune clause exorbitante due droit commun qu'ils agissait donce d'un contrat de droit prive "

الفرع الثاني
اتجاه القضاء المصري في شأن
تحديد معيار تمييز العقد الإداري

عـــــام :

ذكرنا فيما سبق أن القضاء المزدوج لم ينشأ في مصر إلا حديثا مع إنشاء مجلس الدولة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ ولئن كان القضاء الإداري حديث النشأة في مصر ذاك الوقت إلا أن بعض قواعد القانون الإداري قد وجدت من قبل فمنذ الإصلاح القضائي وإنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وصدور مجموعات القوانين المختلفة في الربع الأخير من القرن التاسع عشر كان القضاء المصري متأثراً بالقضاء الفرنسي يستلهم أحكامه ويتابع المبادئ التي يقررها إلا أن القضاء المصري لم يتابع أحكام القضاء الفرنسي في مجال العقود التي تبرمها الهيئات العامة إلا مؤخراً واستمر القضاء زمنا طويلا في إخضاع عقود الإدارة لنفس القواعد التي تحكم العقود المدنية ثم بدأت تظهر فكرة العقد الإداري شيئا فشيئا خلال الربع الثاني للقرن العشرين ، وإذا كانت المحاكم قد سلكت طريقها في الاعتراف بوجود قانون إداري وفي تطبيق قواعد القانون الإداري علي المنازعات الإدارية فإنها لم تدخل عقود الإدارة في هذا المجال بل اعتبرتها عقودا عادية تخضع للقانون المدني وبالتالي كانت عقود الإدارة تخضع لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين لذلك رفض القضاء المصري (المحاكم المختلطة والأهلية) الأخذ بنظرية الظروف الطارئة التي كان يطبقها القضاء الإداري الفرنسي علي العقود الإدارية كما رفض الاعتراف بسلطة الإدارة في تعديل عقود تلك السلطة التي أقرها القضاء الإداري في فرنسا ، واستمر القضاء في رفض تطبيق هذه النظرية علي عقود الأفراد وعقود الإدارة علي السواء حتي أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو التاريخ الذي دخل فيه القانون المدني الجديد حيز التطبيق ، وهو نفس التاريخ الذي أصبح مجلس الدولة مختصاً بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود الامتياز وعقود التوريد الإدارية .

ونجد تجسيداً لذلك في حكم صدر في ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ قضت محكمة استئناف أسيوط " بأنه إزاء عدم وجود نظام خاص في التشريع المصري يحكم العقود الإدارية فإن مبادئ القانون المدني هي التي تسري علي هذه العقود ، ومن ثم فإنها تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وفقا لنص المادة ١٤٢ من القانون المدني ، وليس للمحاكم في مصر أن تأخذ بنظرية الظروف الطارئة بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هي وتفسيرها دون إدخال أي تعديل في الشروط المتفق عليها بين الطرفين ". [١]

الاتجاه نحو الاعتراف بوجود ما يسمي بالعقد الإداري

بدأت فكرة العقد الإداري تثبت مع عقد التزام المرافق العامة نظراً إلي عدم وجود عقد مماثل له في عقود القانون الخاص بالإضافة إلي أنه يرتبط بمصالح أساسية إذ يشارك أحد الأفراد في إدارة مرفق عام اشتراكاً أساسياً. لذلك يرتبط هذا العقد بمصالح رئيسية ويستتبع ذلك ضرورة تضمنه نصوصاً ليست في صالح الحكومة فقط من أجل ضمان حسن إدارة الملتزم للمرفق بل يكون في صالح المستفيدين [٢] .

وقد أشارت محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في ١٨٩٩/٥/٢٥ إلي عنصر المرفق العام الذي يتضمنه عقد التزام توريد الغاز في إحدى المدن وما يستتبعه ذلك من أنه لا يجوز للملتزم أن يرفض التعاقد مع أحد السكان أو أن يفسخ عقداً قائماً بمحض إرادته وتبعاً لهواه . [٣] وأول حكم استعمل عبارة عقد من عقود القانون العام كان حكم محكمة القاهرة المختلطة في ١٩١٧/٤/٢ [٤] في هذا الحكم بينت المحكمة أن الحكومة بهذا العقد تعهد إلي أحد الأفراد بإدارة مرفق عام كان عليها إدارته بنفسها ، ومن ثم لا يمكن أن يكون هذا

---

(١) أنظر حكم محكمة استئناف أسيوط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ – مجلة المحاماه السنة ٢٢ ق ص ٦٨٣.

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ المجموعة السابعة ص ٤٦.

(٣) استئناف مختلط ١٨٩٩/٥/٢٥ المجموعة ١١ ص ٢٤٩.

(٤) محكمة القاهرة المختلطة في ١٩١٧/٤/٢ الجازيت ٧ ص ١٠٥ رقم ٣٠٧ .

العقد إلا عقدا من عقود القانون العام .

إلا أن معيار العقد الإداري لم يكن واضحا فأخذ بمعيار السلطة المخولة لجهة الإدارة إلي جانب هذا المعيار استخدم القضاء معيار الدومين العام لإضفاء الصفة الإدارية علي العقود التي تتصل بالدومين العام ، وتأسيساً على هذا المعيار اعتبرت العقود الخاصة بأكشاك الاستحمام (كابينات البحر) بمثابة تراخيص مؤقتة من جانب السلطة الإدارية ولها الحق في إلغائها أو تعديلها في أي وقت [1].

ونجد حكما لمحكمة القاهرة الوطنية يأخذ بمعيار الشروط غير المألوفة فقد استندت المحكمة إلى أن عقد إيجار بوفيه محطة السكك الحديدية يتضمن شروطاً خاصة بتسعير المأكولات والمشروبات واختيار الخدم والمديرين وتنظيم الإدارة وأوقات العمل وأن هذه الشروط تعد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص لما يتضمنه من تقييد لحرية مستأجر البوفيه .

ومن ثم فلا يمكن إعتبار مثل ذلك العقد عقد إيجار علي الرغم من التسمية المعطاة له ولكنه يعد عقداً من نوع خاص أشبه بعقد التزام المرافق العامة منه بعقد الإيجار إذ أن تأجير المكان المعد للبوفيه ليس إلا عنصرا ثانوياً في إدارة المرفق العام [2]

أيا كان موقف القضاء المصري في تحديد معيار تمييز العقد الإداري فإننا نجده يستلزم اجتماع شقي الضابط الموضوعي معا لكي يصبح العقد إدارياً وهما اتصال العقد بنشاط مرفق عام واختيار المتعاقدين لأساليب ووسائل القانون العام .

ومن أمثلة أحكام القضاء علي ذلك :

تقول محكمة القضاء الإداري " ليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصا إداريا عاما للقول بان هذا التصرف إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام، وتختص حتماً بالفصل في منازعاته هذه المحكمة فالشخص

---

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية ١٩٤٤/١٠/٢٤ المجموعة الرسمية سنة ٤٧ ق ص ٧٢ ، محكمة النقض ١٩٤٤/١١/٢٣ ، المجموعة الرسمية سنة ٤٥ ق ص ١٤٢ .

(٢) محكمة القاهرة الوطنية ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية سنة ٤٨ ص ٢٥٩ .

الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما قد يبرم عقداً إدارياً سواء بسواء ، وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام وأن كان شرطاً لازماً فإنها ليست مع ذلك بكافة فالعبرة بما قد تأخذ به جهة الإدارة في عقدها من أسلوب القانون العام ليأخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلي شروط العقود الخاصة بين الأفراد [١].

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا الحديثة أنه " يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص – هذه المقومات والخصائص لا تتوافر في العقود التي تحكم العلاقة بين المرفق العام الاقتصادي وبين المنتفعين به وخاصة إذا كان القائم عليه ليس جهة إدارية تعمل بوصفها سلطة عامة – العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص فيعد العقد مدنياً – لا ينقلب هذا العقد المدني إلي عقد إداري بمقتضي قواعد تسنها الجهة الإدارية ، ولا يجوز لها تعديلها أو إنهاؤها بإرادتها المنفردة ولو في صورة قرار بقواعد عامة [٢] .

وتأخذ محكمة النقض المصرية هي الأخرى بالاتجاه السابق فالعقد الإداري طبقا لها هو " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ويظهر فيه الآخذ بأحكام القانون العام وذلك

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإداري ١٩٥٦/١٢/٩ المجموعة السنة ١١ ص ٧٦ وراجع كذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٦/١٢/٦ المجموعة السنة ١٥ ص ٢٣ المجموعة في خمسة عشر عاما ص ١٨٥٧ ، وكذلك حكمها فى ١٩٩٨/٨/٣٠ الدعوى رقم ٩٦٦٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٨/٨/٣٠ – دائرة العقود الإدارية والتعويضات .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ١٩٩٠/٥/١٢ المجموعة السنة ٣١ ق الطعن رقم ٢٢٨٤ لسنة ٣١ ق.

بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص (٣) .

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا بالقضاء السابق وتستلزم ضرورة تـوافر العنصرين السابقين مجتمعين حيث تقرر " يتعين لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنـشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهـو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط اسـتثنائية بالنـسبة إلي روابط القانون الخاص (١) " .

لقد أخذت الجمعية العمومية لقسمي الاستشاري للفتـوى والتـشريع بهـذا التعريف فهي تقرر " أن العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص مـن أشـخاص القـانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ إذ يجب أن يراعي فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص وهذا الهدف يجـب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره كمـا أن الإدارة تراعـي في الشروط الجزئية المنصوص عليها في عقدها إملاء منهـا طبيعـة هـذا العقـد وقيمته وموجبات السرعة في تنفيذه في وقت معين وطريقة معينة حتي تكفل انتظام سير المرفق العام هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الإدارة يقبل التعاقـد وهـو عـالم مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد " (٢) .

---

(٣) محكمة النقض ١٩٧٣/٣/٩ – المجموعة السنة ٢٣ ص ٣٥٨ .

(١) المحكمة الدستورية العليا ١٩٨٠/١/١٩ قضية رقم ٧ لسنة ١ ق المجموعة المبـادئ التـي قررتها المحكمة الدستورية العليا ، وفي ١٩٩١/١/١٥ قضية رقم ١ لسنة ١٢ ق المجموعة الجزء ٤ ص ٥٣٦ .

(٢) فتوي رقم ٦٣٧ صادرة بتاريخ ١٩٥٦/١٠/٢٣ – مجموعة المبادئ التي قررتهـا الجمعيـة العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع للاستاذ / أحمد سمير أبو شادي طبعة سنة ١٩٦٤ ص ٧٥١ .

المطلب الثاني

اتجاه الفقه الفرنسي والمصري
في تحديد معيار تمييز العقد الإداري

أصبح استقلال العقد الإداري عن العقد المدني موضوع اهتمام كبير من الفقه منذ بداية نشأة نظرية العقد الإداري وقد تباينت وجهات نظر الفقهاء ، فكل فقيه أدلي بدلوه مسطراً النظريات والمذاهب الفكرية حول حقيقة العقد الإداري ذاته وطبيعته .

من أبرز المحاولات الفقهية لوضع معيار للتميز بين العقود الإدارية وعقود الإدارة الخاصة كانت للفقيه / Jeon – Lamarque حيث يقرر أن الأساس التاريخي للتميز بين نوعى العقود التي تتولي الإدارة إبرامها يرجع إلي المفوض Romiau في تقريره الشهير في قضية Terrier الصادر بشأنها حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٦ من فبراير سنة ١٩٠٣ حيث تضمن هذا التقرير تمييزا بين الإدارة العامة والإدارة الخاصة كما ورد بتقرير المفوض سالف الذكر في مجال التفرقة بين الإدارة العامة والإدارة الخاصة أن هناك أساساً لتلك التفرقة فهو إما أن يرجع إلي طبيعة المرفق محل البحث أو إلي طبيعة التصرف محل التقدير .

ويعلق الأستاذ Lamarque علي ذلك مقررا أن معني هذا أن هناك ربطاً بين فكرة الفائدة الخاصة للإدارة وتطبيق قواعد القانون الخاص ، ولكن في الحقيقة لا توجد فائدة خاصة أو منفعة خاصة للإدارة فالإدارة الخاصة أو إدارة الدومين الخاص يكون مبعثها المنفعة العامة[1]

ويؤيد الفقيه Amby فكر الفقيه Lamarque ويلاحظ أن نظام الدومين الخاص يحوي ركائز نظام الدومين العام والحقيقة أنه لا يوجد مركز قانوني مستقل ومتميز لكل من الدومين العام والدومين الخاص ، ولكن تتعدد الأنظمة الخاصة تبعا

(١) Etudes et document conseil d, Etat " contribution a' letude du domaine prive del, administration . ١٩٥٨ . P ٣٥ .

لتخصيص ملحقات الدومين (١)

ويؤكد الفقيه Lamarque علي وجهة نظره أن القضاء الفرنسي قرر صراحة خلال عدة سنوات أن الاتفاقات المتعلقة بالدومين الخاص يمكن أن تكون ذات صفة إدارية ، ويضيف أن تقسيم عقود الإدارة إلي عقود قانون خاص وعقود قانون عام هو تقسيم مصطلح الغرض منه هو فكرة الاختصاص القضائي وإزاحة العبء الثقيل عن مجلس الدولة إلي المحاكم القضائية .

كما يري الفقيه Lamarque أن حكمة التمييز بين نوعي العقود لا تستند إلي المنطق القانوني البحت ، وإنما توجد أساساً في السياسة القضائية التي تهيمن علي توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية والمحاكم الإدارية وخلص الفقيه المذكور إلي تبني وجهة النظر التي تقوم علي توحيد الاختصاص في مجال عقود الإدارة وأن يختص القضاء الإداري وحده بها لمقدرته ولما يحققه من ضمانات المتقاضين .

ويقرر lamarque بأن هناك ثمة صعوبات تواجه مسألة تحديد جهة الاختصاص في حالة الإبقاء علي تقسيم الإدارة الخاصة والإدارة العامة وهذه الصعوبات هي :

الصعوبة الأولي : وتتعلق بمعايير التميز بين نوعي العقود التي تتولي الإدارة إبرامها لصعوبة وضع معيار موحد وعدم الاتفاق علي تحديد جوهر تلك المعايير .

الصعوبة الثانية : خاصة بالصعوبات التي توجد في إجراءات النظام القضائي لعقود القانون الخاص وصعوبة ذلك في الآتي :

١- تداخل الاختصاص بين المحاكم القضائية والمحاكم الإدارية حين يتعلق الأمر بمسألة أولية من اختصاص القاضي الإداري مثل تفسير قرار إداري .

٢- مدي إمكان تطبيق قواعد القانون العام بواسطة المحاكم القضائية وهي من

---

(١) مقال Lamarque المنشور بمجلة L' actulite juridi que de droit administratif

المسائل محل البحث في هذا الصدد هي مدي ولاية القـضاء العـادي ببحـث وتحديد جهة الإدارة صاحبة الاختصاص بإبرام العقد . .

ففي عام ١٩٥٨ أصدرت محكمة التنازع حكماً يقضي بأن بحـث مـسألة الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد هو من صميم اختصاص القضاء الإداري .

وقد انتهي لامارك إلي أن التمييز بين العقـود الإداريـة وعقـود الإدارة الخاصة يثير صعوبات كثيرة لم ينجح القضاء حتي الآن في علاجها وأضـاف أن فكرة الإدارة الخاصة لم تقدم أية فائدة عملية في مواجهة مثيلتها أي " فكـرة الإدارة العامة " لذا فهو يري أنه من الأفضل إلغاء التفرقة بين نوعي العقود ، وفي نطـاق الاختصاص القضائي يعهد لإحدى القضاء بالاختصاص بكل من النوعين .

وهذا لا ينفي علي الإطلاق القول بأن القانون المدني هو قـانون الأصـل وأن قاضي العقد الإداري يرجع إلي أحكام هذا القانون دائما فيما لا يتعـارض مـع طبيعته الذاتية . (١)

وذهب الفقيه " Vedel إلي القول بأنه ليس هناك معيار شكلي للتمييز بين عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص وعقود الإدارة التي تخضع للقانون العـام فالتمييز بين هذين النوعين من العقود يقوم علي أساس موضوع العقد وليس عليـه شكله " (٢).

ويقول الأستاذ Weil إن التعرف علي العقد الإداري لم يعـد يعتمـد الآن في فرنسا علي عناصر موضوعية ، وإنما أصبح تعريـف العقـد الإداري تعريفـاً شخصياً وانطباعياً أو إحساسياً ، فالعقد الإداري أصبح هو ذلك العقد الذي لا يمكـن أن يكون لدينا إلا الإحساس والانطباع بأنه يجـب أن يكـون كـذلك ، ومـا دور العناصر الموضوعية إلا تبرير هذا الانطباع ، وينتهي إلي أن العقد الإداري والذي كان قد ساد الاعتقاد بأنه قد تم تعريفه بوضوح أصبح كـذلك ينـضم إلـي أفكـار

---

(١) " Andre de laubadere " Traite de droit administratif p. ٩٥

(٢) Vedel (G) Droit Administrif ١١ parts puf ١٩٥٩ p. ٩٠ . Aparrand charmantier (Admin – precis) ١٩٦٠٩.n ٥٦، ٥٧.p.٣ et suiv

القانون الإداري الأخرى التي تواجه نفس المشكلة [١] .

ويلاحظ أنه يوجد في فرنسا ما يطلق عليه أزمة تمييز العقد الإداري حيث إنه كل ضابط من الضوابط التي اعتمدها القضاء الفرنسي يثير العديد من المشكلات عند تحديده مما أضفي علي فكرة العقد الإداري في فرنسا نوعاً من عدم الوضوح بالنسبة للمتقاضين عند تحديد القاضي المختص بنظر المنازعات التي تثار بشأنه .

ويري الأستاذ العميد / ديجي " أنه لا يوجد اختلاف بين العقد المدني والعقد الإداري من حيث الجوهر فكلا العقدين تتوافر فيهما ذات العناصر الأساسية اللازمة لتكوين العقد ويحدثان ذات الأثر طالما أنهما استجمعا أركان العقد ، كما لا توجد أية فوارق موضوعية بينهما [٢]

إذن وفقا لهذه النظرية لا يوجد عقد إداري متميز عن العقود التي تعقد بين الأفراد ، ولكن يوجد فقط اختلاف في الاختصاص القضائي بالنسبة للعقد الإداري الذي يرفع أمام القضاء الإداري لأن العقود الإدارية أبرمت أصلاً لخدمة مرفق عام ، والعقد المدني والعقد التجاري الذي يختص بنظر منازعاته محاكم تجارية نظراً لاستهدافه أغراضاً تجارية .

فالفكرة الأساسية عند التعاقد دائماً واحدة فالعقد دائما يمثل نوعا واحدا من التصرفات القانونية Une Certaine Categorie juridi que .

سواء كان عقداً مدنيا أو إدارياً يعرف بأنه توافق بين إرادتين علي إنشاء مراكز شخصية De situation juridi que subjective.

ونجد الكثير من الفقهاء علي عكس الفقيه ديجي يستندون إلي أحكام

---

(١) Weil, Lecritere du contrat administratif en crise Melanges WALINE. ١١,١٩٧٩, P.٨٤٦.

(٢) Duguit (L) traite de droit constitutionne T.٣ P.٤٤ il a,yapas de differnce quand au fond entre un Contrat civil et un contrat adminstratif car dans ses elements intrinseques un contrat a toujours . les memes caracteres et les memes effets.

القضاء وقواعد الاختصاص القضائي مقررين استقلال نظرية العقد الإداري وتميزه عن العقد المدني منهم الفقيه Jeze الذي أشار إلي وجود فارق جوهري بين العقد الإداري والعقد المدني فآثار العقد الإداري مختلفة عن العقد المدني. [1]

وتعرضت نظرية ديجي للنقد من جانب بعض الفقهاء بالقول إن هذه النظرية رغم وجاهتها إلا أنها تشوبها بعض المغالاة الشديدة فيما ذهب إليه الفقيه المذكور فرغم وحدة الجوهر بين العقدين المدني والإداري إلا أن النظام القانوني الذي يخضع له العقدان مختلف إلي حد بعيد فالعقد الإداري نظامه الأساسي هو مبادئ القانون الإداري وهذا يختلف عن القانون المدني في كثير من قواعده الأساسية [2] .

فالفكرة التي تسيطر علي النظام القانوني للعقد الإداري هو قيام العقد لخدمة المرافق العامة وتحقيق الصالح العام بينما تدور العقود التي تبرم بين الأفراد حول استهداف تحقيق المصالح الخاصة المالية وهي مصالح متكافئة بين الأطراف المتعاقدة .

أما العقد الإداري فالمصالح فيه غير متكافئة فالمصلحة العامة فيه مقدمة علي المصلحة الفردية الخاصة بالمتعاقد الآخر .

<u>وبالنسبة للفقه المصري :</u> فيري رأي فقهي " أنه ينبغي أن نقر أنه رغم أوجه الخلاف بين نوعي العقود المدنية والإدارية ، فإن العقود الإدارية لازالت تخضع في كثير من أحكامها للأحكام الضابطة للعقود في المجموعة المدنية . ولهذا كثيراً ما يرجع القضاء الإداري إلي الأحكام المدنية باعتبارها الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام وباعتبارها تقنيناً لمبادئ العدالة التي لا تختلف فيها روابط القانون العام عن روابط القانون

(1) Jeze prineipes generaux du dhoit adminstratif. T. ١١١٣ ed, P.٢٩٩. les effects des contrants administratifs ne sont pas les memes De ceux des contrats civils.

(2) أنظر دكتورة – عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية س ١٩٩٧

الخاص[٣] .

بينما يري رأي فقهي آخر " أن المعيار المميز للعقد الإداري هو أسلوب اختيار الإدارة لأسلوب القانون العام أو القانون الخاص عندما تبرم عقودها الأمر الذي ينبغي معه تقسيم العقود التي تبرمها جهة الإدارة إلي نوعين ، يتمثل الأول في العقود التي تبرمها جهة الإدارة بهدف تنظيم مرفق عام وتسييره بوصفها سلطة عامة ، يطلق علي هذا النوع من العقود الإدارية أو عقود القانون العام ، أما النوع الثاني فيمثل في العقود التي تبرمها جهة الإدارة وفقا لقواعد القانون الخاص ، ولا تبرم جهة الإدارة هذه العقود بوصفها سلطة عامة ، وبالتالي تخضع مثل كل الأفراد لقواعد هذا القانون ـــ، وتسمي هذه العقود عقود الإدارة الخاصة أو عقود الإدارة المدنية. [١]

واتجاه فقهي آخر يري " أن المعيار المميز للعقد الإداري هو اشتماله علي شروط استثنائية سواء اعتبرت تلك الشروط كذلك نظراً لاتسامها بطابع السلطة العامة او لأنها شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص وتكشف عن نية المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام ، والخضوع لمبادئه وأحكامه ، وما تتضمنه من عناصر السلطة العامة وامتيازاتها "[٢]

---

(٣) د. محمد فؤاد مهنا – مبادئ احكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة ص ٧٧٦

(١) د/ ثورية لعيوني – المرجع السابق ص ٢٠

(٢) د./ ثروت بدوي – المعيار المميز للعقد الإداري مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد – العدد الثالث والرابع – سبتمبر وديسمبر ١٩٥٧ ص ٤٤

المطلب الثالث
المعيار التقليدى فى تحديد الطبيعة الإدارية للعقد

تمهيد وتقسيم :

حينما نتناول بالبحث المعيار التقليدى فى تمييز العقد الإداري نشير بداية إلي أن هذا المعيار ينحصر في ضابطين فالضابط الأول : يعتمد علي أحكام القانون كطريقة لتكييف العقد ، وذلك بأن تتضمن نصوص القانون صراحة تحديد الطبيعة القانونية للعقد علي أنه عقد إداري مثل عقود الأشغال العامة وعقود القروض العامة للدولة،إلخ...

وبالنسبة للضابط الثاني في تمييز العقد الإداري فهو يعتمد علي موضوع العقد كوسيلة لتحديد تكييفه القانوني مثل العقود المتعلقة بتنفيذ الأشغال العامة ، والعقود المتعلقة بتنفيذ مهام المرفق العام ذاته وعقود تفويض أو امتياز المرفق العام .

وفي حالة عدم إفادة النص القانوني أو موضوع العقد في تحديد صفة العقد الذي تبرمه الإدارة يتم الالتجاء إلي المعيار الثالث وهو الخاص ببنود العقد كمعيار لتكييف العقد ، وهذه البنود قد تتعلق بالعنصر الشخصي في التعاقد أي أطراف العقد ، وبعضها يتعلق بسمات العقد وأخيرا يتعلق بالبنود والشروط المتضمنة داخل العقد .

وإزاء الصعوبات التي تصادف تطبيق المعايير التقليدية السابقة فقد لحق هذه المعايير تطور حديث شمل عناصر ومفردات هذا المعيار سواء تلك المتعلقة بأحكام القانون ، أو تلك المتعلقة بموضوع العقد .

وسوف نلمس من خلال هذا البحث أن هذا التطور ملحوظ في فرنسا ، أما في مصر فالتطور طفيف فما زال القضاء المصري يشترط توافر ثلاثة شروط مجتمعة في العقد حتي نستطيع اعتباره عقداً إداريا .أما في فرنسا فلا يشترط توافر هذه الشروط مجتمعة كما سوف نبينه .

تقسيم :

سوف نتناول تفصيل هذا الموضوع فى النقاط الآتية : -

الفرع الأول : نصوص القانون كمعيار فى تنفيذ العقد الإدارى .

الفرع الثاني : موضوع العقد كمعيار في تحديد طبيعة العقد .

المطلب الرابع : أركان وعناصر العقد كمعيار لتمييز العقد الإداري .

الفرع الأول : (أطراف العقد) كمعيار عضوي في تمييز العقد الإداري

الفرع الثاني : المعيار الموضوعي (المرفق – البنود) كمعيار موضوعي لتمييز العقد الإداري

المطلب الخامس : تقييم معايير تمييز العقد الإداري

الفرع الأول

نصوص القانون كمعيار في تمييز العقد الإداري

ذكرنا في المقدمة الخاصة بمعيار تمييز العقد الإداري أن هناك ضوابط تقليدية كانت تستخدم في تحديد طبيعة العقد .

وأول هذه الضوابط هي أحكام القانون كوسيلة نستطيع من خلالها بيان ما إذا كان العقد المبرم عن طريق جهة الإدارة إداريا أو عقداً من عقود القانون الخاص . وأعمال هذا الضابط يتم من خلال ما يستنتج من مضمون النص القانوني وأحكامه . فهناك نصوص قانونية تشير صراحة إلي بعض العقود وتصفها بأنها عقود إدارية

وهناك نصوص لا تشير صراحة إلي تحديد طبيعة العقد بل يستنتج ذلك من خلال إسناد الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بها إلي القضاء الإداري فيفهم من مثل هذا النص أنها عقود إدارية .

ولكن هذا المعيار لا يمكن الاستناد إليه بصفة قطعية في اعتبار العقد محل المنازعة ما إذا كان عقداً إدارياً أو عقداً من عقود القانون الخاص أي بمعني أن استخدام هذا الضابط في تحديد طبيعة العقد يعتبر قرينة تقبل إثبات العكس لأن الأمر يظل متروكاً للقاضي ليقوم بالتحديد الدقيق لطبيعة العقد محل المنازعة [١]

ونأتي بتطبيقات عملية في كل من فرنسا ومصر في استخدام أحكام القانون كوسيلة لتحديد طبيعة العقد ; -

أولا : في فرنسا

أ- أمثلة العقود الإدارية وفقا لأحكام القانون :

-عقود الأشغال العامة les marches de travaux publics وعقود بيع الأبنية المملوكة للدولة ، وذلك وفقا لأحكام قانون بليفوز ٢٨ فبراير في المادة الرابعة منه

(١) VEDEL et (Georges) DEL VOLVE(P.), Droit a dministratif, THEMIS - P.u.f . eed. edition, ١٩٨٤ p. ٣٤١.

تعقد الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بها إلي مجالس الأقاليم (١) .

- عقود شغل الدومين العام **les contrats comportant ocup ation du domaine public de l, Etat** فإن المـادة ٨٤ مـن المرسـوم بقـانون المتعلق بأموال الدولة الصادر فـي ١٧ يونيـو ١٩٣٨ فهـذه المـادة عقـدت الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بها لمجالس المحافظات وهي مختصة بنـوع من المنازعات الإدارية .

- عقود القروض العامة للدولـة **Les contrats d, emprunt public d, Etat.** فالمنازعات الناشئة عن هذه العقود دخلت في اختصاص مجلـس الدولة وفقا لقانون ١٧ يوليو ١٧٩٠ وقانون ٢٦ سبتمبر سـ ١٧٩٣ .

ويستثني من ذلك قروض المحليات فهذه القروض يتأثر تكييفهـا القـانوني حسب الظروف التي تستخذم فيها هذه القروض فقد تكون عقوداً إدارية ، وقد تكون عقوداً خاصة ويترك تكييفها للقضاء (٢)

ويلاحظ أن هناك عقودا أخري في فرنسا حدد القانون طبيعتهـا الإداريـة بخلاف ما سبق سرده .

بـ أمثلة العقود الخاصة وفقا لأحكام القانون :

إذا كان للإدارة أن تبرم عقوداً لها صفة الطابع الإداري إلا إنها قـد تبـرم عقوداً خاصة بنص القانون من أمثلة ذلك : –

أـ عقود الإجارة الزراعية التابعة للبلديات :

- Les contrats , d' affermage des taxes municipales.

وهذه العقود تنظمها أحكام المرسوم الصادر في ١٨٠٩/٥/١٧.

بـ عقود التغذية المشتركة لفرق الجنود :

وذلك وفقاً لأحكام المرسوم الصادر في ١٩٠٥/٤/٢٢ والمرسوم الـصادر

---

(١) يلاحظ أن مجالس الاقاليم تم تغيير أسمها إلي المحاكم الإدارية منذ عام ١٩٥٣

(٢) A.DE LAUBADERE, traite de Droit Administratif ٧ d,L.G.D.J, ١٩٧٦. T.I.p ٣٤٧ . Note ٢.

في ١٩٣٠/١١/٦ .

جـ عقود إيجار الصيد المتعلقة بالدومين العام النهري

وذلك وفقا للمادة ٤٢١ من القانون الزراعي الجديد الصادر في ٢٩ يونيو سنة ١٩٨٤ والمتعلق بالصيد في المياه العذبة والمصادر السمكية.

ثانيا : في مصر :

هناك بعض العقود الإدارية حددت طبيعتها وفقا لأحكام القانون منها على سبيل المثال:-

عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة والتوريد بمقتضي القوانين المنظمة لمجلس الدولة بدءا بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي عقد الاختصاص بمنازعات هذه العقود الثلاثة لمحكمة القضاء الإداري وحدها ، وذلك في المادة الخامسة منه بعد أن كان يختص بها القضاء العادي، ثم جاءت القوانين الأخري المنظمة لمجلس الدولة أرقام ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وأخيرا القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التى مدت نطاق اختصاص مجلس الدولة إلى كافة منازعات العقود الإدارية الأخري .

وقد نصت المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ البند (حادي عشر) منه علي اختصاص محاكم مجلس الدولة بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر .

تقييمنا لمعيار استخدام نصوص القانون كوسيلة لتحديد طبيعة العقد :-

بادئ ذي بدء نشير إلي نقطة هامة وهي أن طبيعة العقد لا تتحدد بالنص إنما تتحدد بحقيقة العقد الذاتية من خلال موضوعه والقواعد التي تنظمه .

ومن هنا نري أن استخدام أحكام القانون ونصوصه في تحديد الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها جهة الإدارة ليست دائماً الوسيلة القاطعة في الدلالة علي طبيعة العقد لأنه في نهاية الأمر يخضع تحديد الطبيعة القانونية للعقد لسلطة القاضي وما النص القانوني المحدد لاختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية إلا مجرد عامل مساعد للقاضي يهتدي به للوصول إلي حقيقة طبيعة هذه العقود .

ومن هنا يتبين أن مجرد النص على عقد الاختصاص لإحدي جهتي القضاء بالمنازعات المتعلقة بأحد العقود التي تبرمها الإدارة لا يعني بصفة قطعية دليلاً قطعياً في تحديد التكييف القانوني للعقد .

الفرع الثاني

موضوع العقد كمعيار في تحديد طبيعة العقد

قد يستخدم موضوع العقد كوسيلة في تحديد طبيعته القانونية أي ما إذا كان ينتمي إلي عقود القانون الإداري أو إلي عقود القانون الخاص .

وتطبيقاً لما تقدم نلمسه في العقود الإدارية المسماة سواء التي نص القانون عليها أم التي لم ينص عليها ، وسواء تلك التي أدخل القانون صراحة منازعاتها في اختصاص القضاء الإداري أو التي لم يدخلها .

ونذكر علي سبيل المثال : العقود المتعلقة بتنفيذ الأشغال العامة ، والعقود المتعلقة بشغل الدومين العام ، والعقود المتعلقة بتنفيذ المرفق العام ذاته .

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد الحكم الصادر في " شأن عقد أبرمته إحدي المستشفيات مع إحدى شركات تأجير أجهزة التليفزيون لتزويد المرضي الذين يعالجون في هذا المستشفي بهذه الأجهزة . فإلي جانب المهمة الأساسية للمستشفي والتى تتمثل فى العلاج والعناية فإن الخدمة التى تضطلع بها المستشفى تتضمن علاوة علي ذلك تهيئة الظروف الملائمة لإقامة المرضي "[1]

ففي هذا الحكم اعتبر العقد إداريا بالنظر إلـي موضوعه لتعلقه بتنفيذ المرفق العام ذاته

بـ عقود امتياز المرفق العام :

- les contrats de délégation ou de concession de service public

ونذكر علي سبيل المثال من هذه العقود :

- العقد المبرم بين إحدى المدن وأحد الأشخاص والتي يعهد إليه الإصطلاح بمرفق عام للصحة ، والأمن تكون مهمته رفع الحيوانات النافقة والقبض علي الكلاب الضالة.[1]

---

(١) C.E ٨ juin ١٩٩٤ soc. CODIAM. Rec p ٢٩٥, Quot. Et jur. ٢٩ nov. ١٩٩٤ P.٢

(١) C.E ٤ Mars ١٩١٠ . THEROND, REC.P ١٩٣ concl picHat . D. ١٩١٢،٣,٥٧ CONCL. R.D. p. ١٩١٠ p. ٢٤٩ . Note G JEZE ٥,١٩١١,٣,١٧ concl. Note. M.

- الاتفاق بين مدينة باريس وإحدي المجموعات الاقتصادية علي رفع المركبـــات المصادرة[٢] فموضوعه يتمثل في أن الإدارة عهدت إلي المتعاقد معهـــا تنفيـــذ مرفق عام جزئياً أو كلياً .
- عقود تعيين مستخدمين يسهمون بشكل مباشر في تنفيذ مرفق عام إداري مثـــل تعيين أطباء في مستشفي عام في مرفق صحي وتعيين مدرســـين فـــي مرفـــق التعليم وتعيين ممثلين في مسرح عام [٣] .

HAUR iou.

(٢) Vois . T.C. ١٤ Mai ١٩٩٠ G IEC . C.T . Rec. p ٣٩٤ D. A ١٩٩٠ P ٣٨٩ .

(٣) Vois. C.E. ٤ Juin. ١٩٥٤. VINGTAIN .et Affortit Rec. p. ٣٤٢ concl. J CHARDEAU. T.C. ١٨ Mars ١٩٩١ , KERMANN et C.E. ٥ Avril ١٩٩١ . Ecole su p. de commerce d' Ameins R.D. p. ١٩٩٢ . P.٢٣٦

المطلب الرابع

أركان وعناصر العقد

كمعيار لتحديد طبيعته القانونية

تمهيد وتقسيم

بينا فيما سبق أن نصوص القانون وأحكامه قد تستخدم كمعيار فى تحديد طبيعة العقد المطروح للنزاع ، وقدمنا أوجه القصور التى تشوب هذا المعيار .

وتناولنا كذلك فى فرع آخر موضوع العقد كمعيار لتكييفه ولكن إذا لم يفد النص القانونى أو موضوع العقد فى تحديد صفة العقد فللقاضى أن يلجأ إلى أركان وعناصر العقد للوصول إلى تحديد الطبيعة القانونية لمثل هذا العقد .

وإذا نظرنا إلى أركان وعناصر العقد نجد أنها تنقسم إلى عنصر شخصى يمثله أطراف العقد وبعضها يتعلق بسمات العقد ، وهناك العنصر الموضوعى ، وذلك يتعلق بالبنود والشروط التى يتضمنها العقد ، والمرفق العام ، ونطلق على العنصر الشخصى المعيار العضوى والعنصر الموضوعى " المعيار الموضوعى" .

<u>وسوف نتناول هذا الموضوع فى نقطتين أساسيتين :</u>

الفرع الأول : المعيار العضوى (أطراف العقد) .

الفرع الثانى : المعيار الموضوعى (المرفق – البنود) .

الفرع الأول
المعيار العضوي

تقديم

مفهوم المعيار العضوي للعقد هو أطرافـــه les cocontractants فلكي نتحدث عن وجود عقد إداري يتعين أن يكون طرفاه أو أحـــدهما علـــي الأقل شخص من أشخاص القانون العام[1] فمن ثم فكل عقد يبرم بين فـــردين عاديين أو شخصين من أشخاص القانون الخاص لا يمكن وصـــفه بالطـــابع الإداري حتي ولو كان أحدهما مكلفاً بتحقيق مصلحة عامة أو متعلقة بتنظـــيم أو تسيير مرفق عام . .

وتطبيقا لذلك فإن " العقد الإداري يبرمه شخص معنـــوي مـــن أشـــخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره "[2] .

وقد تعددت أحكام المحكمة الإدارية العليا تؤكد حقيقة المعيـــار العـــضوى نذكر منها هذا الحكم حيث ورد فيه " إن حقيقة التعاقد في واقعة الحال أنه تم بـــين الوقف – كشخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص – وبين الطاعن ، وبالتالي يتخلف في شأنه – حتي يعبر عقدا إدارية – شرط أن يكون أحد طرفي التعاقد مـــن أشخاص القانون العام ، وينحسر الاختصاص في شأنه عـــن القـــضاء الإداري ، وينعقد لجهة القضاء المدني وبعبارة أخري فإن " تعاقد وزارة الأوقاف مع مقـــاول مبان ليس بصفتها سلطة عامة ، وإنما باعتبارها ناظرة وقف – للأوقاف شخـــصية اعتبارية لا تختلط بشخص ناظر الوقف أو المستحقين فيها – إذا تـــم التعاقـــد بـــين الوقف كشخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص وبين المقـــاول فـــإن العقـــد يتخلف في شأنه لكي يعتبر عقدا إداريا شرط أن يكون أحد طرفيه مـــن أشـــخاص

---

(١) Vois. DELAUBADERE, op.Cit. p ٣٤٨ . J.FPREVOST ALa recherche du critere du contrat Administraif la qualite des concontractants . R.D. P. ١٩٧١ p. ٨١٧

(٢) راجع حكم الإدارة العليا في ١٩٩٥/١/٢٤ الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق .

القانون العام. [1]

ومن هنا فإنه حتي يمكن اعتبار العقد عقدا إداريا يتعين توافر شرط بديهي وهو أن يكون أحد أطرافه علي الأقل شخصا من أشخاص القانون العام ، وإذا كان هذا الشرط ضروريا لتكييف العقد بأنه عقد إداري فإنه في ذات الوقت ليس شـــرطاً كافيا بمفرده لاعتبار العقد كذلك[2] .

وإنما يتعين توافر المقومات الأخري التي سوف نعرضها في نطاق البحث لكي يوصف العقد بالطابع الإداري .

وبديهي يجب أن نبين ما هي أشخاص القانون العام والأشخاص الاعتبارية الأخري التي يعترف لها القانون أو القضاء بالصفة العامـــة أو بـــبعض امتيـــازات السلطة العامة؟

وهذا ما سوف نبينه فى الصفحات التالية :

---

(١) راجع في ذلك الحكم الصادر في ١٩٨٧/٢/٢١ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا السنة ٣٢ ق – الجزء الأول –ص ٨٥٣ رقم ١٢٧ .

(٢) أنظر د. مصطفي عبد المقصود سليم – معيار العقد الإداري وأثره علي اختصاص مجلس الدولة دراسة في أحكام القضاء الإداري في مصر وفي فرنسا – دار النهضة العربية – سنة ١٩٩٥ ص ٨٥ وما بعدها .

حول تحديد أشخاص القانون العام
والأشخاص الاعتبارية العامة الأخري

بينا سلفا أن وجود شخص عام من أشخاص القانون العام كأحد أطراف العقد الإداري هو شرط مفترض condition presume وحول تحديد أشخاص القانون العام فقد حددت الفقرة الأولي من المادة ٥٢ من التقنيين المدني الأشخاص العامة بأنها الدولة ، وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية " ويستفاد من النص المتقدم أنه قسم الأشخاص المعنوية العامة قسمين هما :-

أ- الأشخاص العامة الإقليمية

وتشمل المحافظات والمدن والقرى بنص القانون المدني ، ويضاف إليها المراكز والأحياء بنص المادة الأولي من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ .

ب- الأشخاص العامة المصلحة أو المرفقية أو المؤسسات العامة أو الهيئات العامة:

وهي عبارة عن مصالح أو إدارات عامة تقوم علي إدارة مرفق عام معين أو مشروع عام ومنحت هذه الصفة لأن حاجة المرافق تحتاج إلي أساليب إدارية تختلف عن الأسلوب المتبع في الإدارات العامة العادية .

ومن ثم فإن العقود التي يكون أطرافها من أشخاص القانون الخاص (أفراد – شركات – جمعيات – نوادي) لا تكتسب هذه العقود صفة العقد الإداري ، ولو تعلق موضوع العقد بمرفق عام ، ولو خضع أحد أطرافه لرقابة الدولة .

غير أن القضاء الإداري سواء فى فرنسا أو في مصر اعترف بقيام أشخاص معنوية عامة أخري بجانب ما سلف من بيان الأشخاص المعنوية العامة ، وذلك كان من آثار ظهور الأفكار الاشتراكية وظهور الاقتصاد الموجه الذي ساد العالم عقب الحربين العالميتين الأخيرتين اللتين كان من نتائجهما ظهور منظمات جديدة لم تألفها النظم الحكومية من قبل تشرف علي الكثير من نواحي النشاط

الخاص أو المهني وتتمتع هذه المنظمات بقدر كبير من السلطة العامة وبالتالي تعتبر العقود التي تبرمها لهذا الشأن هي عقود إدارية إذا ما استوفت باقي الشروط.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير Monpenrt et Bouguen (١) إلي أن تلك المنظمات تعتبر من أشخاص القانون العام.

وقد حذت هذا الحذو محكمة القضاء الإداري المصرية فيما يتعلق بالنقابات المهنية المختلفة كنقابة المحاميين والأطباء والمهندسين .. إلخ مما يمكن أن نطلق عليها نظام المرافق العامة المهنية (٢) وتعتبر قراراتها بهذه الصفة قرارات إدارية تدخل في اختصاص محاكم مجلس الدولة سواء بالنسبة إلي طلب إلغائها أو التعويض عنها .

وكذلك الأمر في فرنسا حيث توجد الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية والمصلحة المهنية بجانب الأشخاص المعنوية العامة ويمكن ردها إلي فئتين :

أ- المنظمات غير المسماة Les Organismes innommes

هذه المنظمات يمنحها المشرع الشخصية المعنوية دون أن ينعتها بوصف المؤسسة العامة من قبيل ذلك وكالة فرنسا للطباعة المنشأة بالقانون الصادر في ١٩٥٧/١/١٠ ، وكذلك وكالة الطاقة الذرية المنشأة بالمرسوم الصادر في ١٠ من أكتوبر سنة ١٩٤٥ .

ونظرا لقرب الشبه بين هذه المنظمات وبين المؤسسات العامة من حيث التنظيم ووظيفتها أطلق عليها مجلس الدولة الفرنسي وصف المؤسسة العامة علي وكالة الطاقة الذرية الفرنسية (١)

---

(١) C.E. ٢ avril ١٩١٣Bouguen. S ١٩٤٤ P.l concl logrange not Mestre

(٢) راجع في ذلك الدكتور / بكر القباني – القانون الإداري – المبادئ العامة والتنظيمات الإدارية – دار النهضة العربية س ١٩٨٥ ص ٣٠١ وما بعدها .

(١) C.E ١٣ Janvier ١٩٦٠ lourent . Rec. P ٣٢ .

بـ- الجماعات التي تستهدف النفع العام :

Les groupement S, dinteret – Public

هذه الجماعات اعتبرها المشرع من أحد الأشخاص المعنوية العامة من قبيلها الجماعات المختصة بتوجيه وتنظيم البحث العلمي [٢] وصدر بشأنها القانون رقم ١٩٨٢/٧/١٥. وهذه الجماعات تعتبر من قبيل المؤسسات العامة التي لها نشاط بحثي ، وقد تتكون من جماعة واحدة أو أكثر لممارسة نشاط معين في البحث العلمي أو إدارة أجهزة تسمح بممارسة مثل هذا النشاط ويتم إنشاؤها بقرار وزاري وتخضع لبعض أوجه الوصاية الإدارية

وقد ورد ذكر هذه الطائفة من الأشخاص المعنوية العامة في العديد من التشريعات المختلفة منها علي سبيل المثال القانون رقم ١٩٨٤/١/٢٦ الخاص بالتعليم العالي. وقد نصت المادة ٤٥ من القانون السابق صراحة علي أن هذه المجموعات تعتبر من الأشخاص المعنوية العامة وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي .

وفي مصر :

اعترفت محكمة القضاء الإداري بالشخصية المعنوية العامة لبعض الطوائف والجماعات الدينية التي تتمتع بقدر من السلطة العامة ، وتكتسب العقود التي تبرمها هذه الطوائف والجماعات الطبيعية الإدارية إذا توافرت باقي الشروط . ومن هذه الجماعات بطر كخانة الأقباط الأرثوذكس [١] . والمجلس الصوفي الأعلي[٢] . وسارت المحكمة الإدارية العليا علي هذا النهج ، واعترفت للكنائس الإنجيلية المعترف بها ، ومن بينها كنائس النهضة القداسة من أشخاص القانون المنوط بها إدارة مرفق عام من مرافق الدولة مستعينة في ذلك بقسط من

(٢) D. Lamethe " les G.T.P.C.J.E.G. ١٩٦٤ P. ١٦٩

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٤/٤/٦ – المجموعة السنة الثامنة ص ١١٧

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٤/١١/١٧ – المجموعة السنة التاسعة ص ٣١.

اختصاصات السلطة العامة [٣]

ويستوقفنا في مصر شركات قطاع الأعمال العام هل تعتبر من قبيل أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص ؟

تسود شركات قطاع الأعمال العام في مصر حاليا وتشغل مكانا بارزا في الاقتصاد القومي المصري ، وهي تشمل الشركات القابضة والشركات التابعة لها التي حلت محل هيئات القطاع العام والشركات التي تشرف عليها بمقتضي القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ م بشأن شركات قطاع الأعمال العام نتيجة لتبني الدولة لفلسفة اقتصادية جديدة جريا وراء خطة الإصلاح الاقتصادي التي تنتهجها والتي تقوم علي سياسة خصخصة النشاط الاقتصادي وتوسيع ملكية القطاع الخاص في شركات القطاع العام عن طريق الشراء أو المساهمة أو التأجير بهدف ضغط الإنفاق الحكومي وتحرير الاقتصاد من القيود الحكومية التي تكبله .

فوفقاً لنص المادة الثانية من إصدار القانون المشار إليه أعلاه " تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التي تشرف عليها هذه الهيئات " .

كما تقضي المادة الأولي من إصدار هذا القانون " يعمل في شأن قطاع الأعمال العام بأحكام القانون المرافق ، ويقصد بهذا القطاع الشركات القابضة والشركات التابعة لها وتتخذ هذه الشركات بنوعيها شكل الشركات المساهمة ويسري عليها فيما يري بشأنه نص خاص في هذا القانون ، وبما لا يتعارض مع أحكام ونصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية والأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادرة بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م

كما أن المادة الأولي من القانون سالف الذكر كانت صريحة في إضفاء الطبيعة الخاصة علي الشخصية الاعتبارية التي تتمتع بها الشركات القابضة حيث

---

(٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٨٠/١٢/٢٠ في الطعن رقم ١١٩٠ لسنة ٣٠ ق مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا من ١٩٨٠/١٠/١ إلي ١٩٨١/٢/٢٨ صـ ١٣٥.

تقرر "تأخذ الشركات القابضة شكل المساهمة وتعتبر من أشخاص القانون الخاص "

ويحدد القرار الصادر بتأسيسها اسمها ومركزها الرئيسي ومدتها والغرض الذي أنشئت من أجله ورأس مالها .

- وتطبيقا لما تقدم قرر المشرع اعتبار الأموال المملوكة للشركة القابضة أموالا مملوكة للدولة ملكية خاصة ، وتعتبر العقود التى تبرمها الشركات القابضة والشركات التابعة لها عقودا خاصة تخضع لأحكام القانون الخاص لانتفاء الصفة العامة للشخصية الاعتبارية الممنوحة لها(١) وبالتالى تخضع المنازعات الناشئة عنها لأحكام القضاء العادى ويستثنى من ذلك العقود التى تبرمها تلك الشركات بصفتها نائبة عن أحد الأشخاص المعنوية العامة استنادا إلى نظرية الوكالة فى التعاقد لحساب الغير .

ومن الجدير بالإشارة إليه أن العبرة فى تحديد صفة الشخص العام هى وقت إبرام العقد لا قبل ذلك ولا بعد ذلك ، وعلى أثر ذلك فإن تغير هذه الصفة بعد إبرام العقد لا تأثير لها على تكييف العقد ذاته . فإذا تحول الشخص الاعتبارى من شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بعد إبرام العقد فهذا لا يغير من صفة العقد ، ولا يفقده صفة العقد الإدارى (٢) وعلى النقيض من ذلك فإن تحول الشخص الخاص إلى شخص من أشخاص القانون العام بعد إبرام العقد لا يصبغ الصفة الإدارية على مثل هذا العقد (٣)

من أحكام محكمة القضاء الإدارى فى هذا الصدد قولها " بأن تحول المؤسسة العامة التى أبرمت العقد إلى شركة مساهمة بمقتضى قرار رئيس

---

(١) راجع فى ذلك الدكتور / عمر حلمى – المرجع السابق صـ ١٠٤

(٢) راجع مجموعة المبادئ والأحكام التى قررتها محكمة القضاء الإدارى فى ثلاث سنوات فى ١٩٦٨/٥/٥ ، ١٩٦٦/١٠/١ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٦٩ صـ ٣١٢ رقم ١٨٩ س ١٩ ق وحكمها فى ١٩٦٩/٣/١٦ صـ ٦٠٩ قاعدة رقم ٣٣٣ فى القضية رقم ٢٨٧.

(٣) Vois. T.C. ١٧ Juin – ١٩٧٢. S.N.C.F – Rec. P. ٩٤٤

الجمهورية ليس من شأنه أن يغير من طبيعة العقد [٤]

وفى حكم آخر قال ذات المحكمة " وأنه إذا كان العقد قد أبرم بين مؤسسة الأبنية العامة والمدعى فإنه يكون عقدا إداريا ولا يغير من طبيعة تحول مؤسسة الأبنية إلى شركة مساهمة لأن العقد يكتسب الصفة الإدارية وقت إبرامه [١]

ويدلوا الفقه الفرنسى بدلوه فى هذه النقطة فيقول " أن العقد الموقع بين شخصين عاديين يجب أن يعد من عقود القانون الخاص حتى ولو أحال فى شروطه إلى عقد إدارى سابق وأن مجرد تدخل الإدارة فى عقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لا يكفى لصبغ العقد بالصبغة الإدارية إذا لم تكن الإدارة طرفا فيه وكذلك الحال لو حلت الإدارة بعد ذلك فى العقد محل أحد طرفى العقد [٢]

مدى تطبيق المعيار العضوى فى كل من فرنسا وفى مصر فى الوقت المعاصر

أولا : فى فرنسا

بينا فيما سبق أن القضاء الإدارى والفرنسى وضع قرينة مقتضاها أن العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام تتسم من حيث المبدأ بالسمة الإدارية أى يعتبر من حيث المبدأ عقداً إدارياً ، وهذا ما أيدته محكمة التنازع الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٩٨٣/٣/٢١ فى قضية اتحاد شركات التأمين فى باريس U.A.P

إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة فإذا كانت أشخاص القانون العام يغلب على تصرفاتها اتخاذ أساليب الإدارة العامة إلا أنها قد تستخدم أساليب القانون الخاص ومن ثم فلا تكون هناك جدوى من الأخذ بمعيار أن يكون أحد أطراف

---

(٤) راجع فى ذلك مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى فى ثلاث سنوات من ١٩٦٦/١٠/١ حتى ١٩٦٩/٩/٣٠ س٢١ ق جلسة ١٩٦٨/٥/٥ ص ٣١٢ قاعدة رقم ١٨٩ - القضية رقم ٨٨٤ لسنة ١٩ ق .

(١) راجع فى ذلك المرجع السابق القضية رقم ٢٨٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٦٩/٣/١٦ ص ٦٠٣ قاعدة رقم ٣٣٣ .

(٢) مشار إليه فى تعليق الأستاذ / جون مير أوبى السابق C.E. ١٢ Juillet ١٩٥٥, Clement - Rec. p. ٤١٥

العقد أو كلا طرفيه من أشخاص القانون العام . وقد تم العدول عن هذا المبدأ فـــي تطور أحكام القضاء سواء ما تعلق بمحكمة التنازع أو بمجلس الدولة.

ومن تطبيقات محكمة التنازع الفرنسية فى أحكام حديثة لها لم تستخدم هذه القرينة السابقة على عقود أبرمت بين أشخاص القانون العام فلــم تعتبرهــا عقـــودا إدارية لإبرامها بين هذه الأشخاص أى لأن أطرافها من أشخاص القـــانون العـــام ، ولكن اعتبرتها كذلك استنادا إلى اعتبار آخر وهو أنها تتعلق بالتنفيذ ذاتـــه للمرفـــق العام .

ومن أحكامها هذا الشأن الحكم الصادر فى ١٩٩١/١٠/٧ بـــشأن الـــدعوى الخاصة [١] بأحد المراكز الإقليمية للأعمال الجامعية والمدرسية ، وكانـــت تتعلـــق بعقد مبرم بين هذا المركز وهو إدارة عامة أو من أشخاص القـــانون العـــام وبـــين إدارة الإسكان معتدل الأجرة أو غير المرتفعة أو المدعمة وهى إدارة عامة أيـــضا من أجل تخصيص بعض الشقق والمساكن التابعة لهذه الإدارة ، المركز الجـــامعى بغرض إسكان الطلاب والدارسين بأجرة مدعمة غيـــر مرتفعـــة . وهنـــا التجـــأت المحكمة إلى وسيلة تنفيذ العقد ذاته للمرفق العام بشأن إسكان الطلاب .

كما أصدر مجلس الدولة الفرنسى بعض أحكامه ولم يأخـــذ مطلقـــا بهـــذه القرينة وذهب إلى اعتبار مثل هذا العقد عقدا من عقود القانون الخـــاص رغـــم أن طرفيه من أشخاص القانون العام .

وتطبيقا لذلك حكمه الصادر فى ١٩٩٠/٥/١١ فى قـــضية أحـــد مكاتـــب المساعدة أو الإعانة الاجتماعية حيث اعتبر الاتفاق بين هذا المكتـــب وبـــين إدارة الإسكان المعتدل الأجرة H.L.M. لتخصيص بعض عمارات هذا الإسكان للمكتب عقدا من عقود القانون الخاص بالنظر إلى موضوعه [٢] بالرغم من أن طرفيه مـــن

---

(١) I.C. ٧Oct ١٩٩١. CROUS de ١'Academie de Nancy Metz – Rec. P. ٤٧٢. A. J. ١٩٩٢. V. ١٥٧ Obs. ١ Ric HER. J.c.p ١٩٩٢ – ١ V.P.G. Quot. Jur. ١١ fev ١٩٩٢. P١١. Note M. DEGUERGUE

(٢) C.E ١١Mai ١٩٩٠. Bureau d'aide sociale de Blenod – Les pont – a- Mousson, Rec.P.١٩٢, A.J.١٩٩٠, P.٦١٤, Obs. FLIORENS ET p. SOLERCOUTEAUX, R.D.P.١٩٩١,.P.٢٧٩.

أشخاص القانون العام فلم يطبق المبدأ الذى وضعته محكمة التنازع فى قضية اتحاد التأمين فى باريس عام ١٩٨٣ م .

ومن هنا نجد أن معيار كون أحد طرفى العقد من أشخاص القانون العـام لكى يتصف العقد بالسمة الإدارية وإن كان يعد قرينة على اعتبار العقد إداريـاً إلا أنه لا يكفى وحده لاعتبار العقد كذلك بل لابد أن تكـون هنـاك معـايير أخـرى وبالتحديد معيار البنود غير المألوفة لتحديد التكييف القانونى المبرم بـين أشـخاص القانون العام بعضها البعض . أما النقطة الثانية فتتعلق بالنسبة للعقود المبرمة بـين أحد أشخاص القانون العام وبين أحد أشخاص القانون الخاص :

ثانيا : العقود المبرمة بواسطة أحد أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص :

تتنوع العقود التي تبرم بين أحد أشخاص القانون العـام وأحـد أشـخاص القانون الخاص ويمكن حصرها في أنواع ثلاثة :

المجموعة الأولي

عقود تندرج تحت طائفة العقود المسماة وهي عقد الأشغال العامـة وعقـد التوريد ، وعقد المعاونة ، وعقد القرض العام ... إلخ وهذه العقـود هـي عقـود إدارية بطبيعتها أو بموضوعها فهي تخضع لقواعد القـانون الإداري واختـصاص القضاء الإداري ولا تثير أى مشكلة بالنسبة لتكييفها القانونى .

المجموعة الثانية :

مجموعة العقود التي تبرم بين المرافق العامة الاقتـصادية سـواء كانـت صناعية أو تجارية وبين المنتفعين بالخدمات [١] التي تقدمها لهم هذه المرافق مثـل عقود توريد الغاز والكهرباء والمياه ويلاحظ على هذه العقود أن القضاء الفرنـسي

---

(١) يستثنى من هذه العقود ، العقود المبرمة بين هيئة البريد والاتصالات الفرنسة والمـشتركين فبصدور قانون ٢ يوليو ١٩٩٠ اعتبرت هذه العقود من عقـود القـانون الخـاص ودخلـت المنازعات المتعلقة بها فى اختصاص القضاء العادى بعد أن كانت تعتبر من العقود الإدارية قبل صدور هذا القانون .

اعتبرها من عقود القانون الخاص رغم أن أحد طرفيهـا شـخص مـن أشـخاص القانون العام بالإضافة إلي أنها قد تتضمن بنودا غير مألوفة في القانون الخـاص . وترتب على اعتبارها من عقود القانون الخاص أن أصبحت كافة المنازعات التـي تنشأ عن العلاقات المترتبة عليها ضمن اختصاص القضاء العادى .

إلا أنه فى بعض الأحيان يلجأ القضاء الفرنسى إلى التحايل على هذا المبدأ ويعمل على تعديل طبيعة المرفق لطبع عقده بالطابع الإدارى فيصفه بأنـه مرفـق عام إدارى بالرغم من أنه بطبيعته يعد مرفقا تجاريا أو صناعيا مـن ذلـك مرفـق البريد والاتصالات وكذلك عقد اشتراك التليفونات فى فرنسا يعد عقـدا إداريـا إذا توافرت فيه مقومات العقد الإدارى . [١]

أما فى مصر :

فإن القضاء المصرى كان أكثر وضوحا منه فـي فرنـسا فقـد اسـتقرت أحكامه وعلي رأسها المحكمة الدستورية العليا على اعتبـار العقـود التـي تـنظم العلاقات بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخـدماتها مـن روابـط القـانون الخاص لانتفاء مقومات العقود الإدارية وخصائصها بالنسبة لها ، وبناء علي ذلـك فإن تلك العقود تخضع لأحكام القانون الخاص وينعقد الاختصاص بشأن المنازعات الناجمة عنها للقضاء العادي[٢]

المجموعة الثالثة :

وهي العقود التى تبرم لتوظيف العاملين في المرافق العامة الإدارية ، فـإذا

---

(١) C.E ٢٢ Juillet ١٩٧٢ – Muringer. R . p. ٣٤٢
C.E juin – ١٩٧٩ – Mme. Veuve Bourgeois – r.p ٢٩٣
A.J. D- A. ١٩٨٠ – p – ٣٠١ – not. Brard.

(٢) راجع فى ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٧٧/٢/٥ بشأن عقد التليفون ، ونتحفظ على هذا الحكم أنه صدر وقت ان كان الهيئة العامة للاتصالات السلكية واللاسـلكية شخص من أشخاص القانون العام ، وقد صدر القانون رقم ١٩لسنة ١٩٩٨ بتخصيص الهيئة العامة للاتصالات وجعلها شركة مساهمة مصرية فهذا ينفي صفة الشخص العام عن الهيئـة وتضحي من أشخاص القانون الخاص ومن ثم تعتبر كافة العقود المبرمة بينها وبين المنتفعين من عقود القانون الخاص .

كانت هذه العقود التى تبرم لتوظيف العاملين المشاركين في المرفق العـام بـشكل مباشر ، ويفرق القضاء الفرنسى بين نوعين من هذه العقود النـوع الأول : مثـل تعيين الأطباء فى مركز طبى وتعيين المدرسين فى مرفق تعليمى فهؤلاء يقومـون بتقديم خدمات مباشرة للمرفق ، واعتبر القضاء الإداري الفرنسي إن هـذه العقـود عقودا إدارية استنادا إلي موضوع العقد لا إلي صفة أطرافه(١)

أما النوع الثاني من العقود التي تتعلق بتوظيف العاملين في وظائف ملحقة بالمرفق العام مثل أعمال الصيانة والمحافظة علي موقع العمل فطبيعة هذه العقود أنها ليست عقودا إدارية ولو تضمنت بنودا غير مألوفة وذلك استنادا إلي موضوع العقد وليس بالنظر إلي أطراف العقد أو إلي الشروط التي يحتويها .(٢)

العقود المبرمة بين المرافق العامة الإدارية والمنتفعين بخدماتها لله

اعتبر القضاء الفرنسي هذه العقود عقودا إدارية بالنظر إلـي موضـوعها ومن أمثلة ذلك اعتبر العقد المبرم بين الدولة وبين بعـض المـلاك بقـصد إعـادة تشجير الأراضي المملوكة لهم عقوداً إدارية على أساس أن ذلك يدخل في صـميم عمل المرفق الخاص بإعادة التشجير باعتباره مرفقـا إداريـا والمـلاك يعتبـرون منتفعين من خدماته (٣)

أما بالنسبة إلي العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص وبعضها فهـي ليست عقودا إدارية ولو كان أحد أطرافها مكلفا بمهمة من مهام المرفـق العـام (٤)

---

(١) C. E ٤ Juin. ١٩٥٤ vingtain et Affortit Rec. P. ٣٤٢ Concl CHARDEAU, C.E ٢٠ Avr. ١٩٥٦ . E.P. BERTIN. Rec. P. ١٦٧ .

(٢) T.C. ١٢ Janv ١٩٨٢ VALLAURI. D.A ١٩٨٢ No ٩٨ CE- ٩ Avr. ١٩٨٦ Hidous. D.A. ١٩٨٦ . No. ٢٨١ : Ouvries engages . Par Hopitaux publics . T.C ١٦ Mars ١٩٩٠ RAMBUR D.A ١٩٩٠ No. ٣١٨ Agent , d, entretien recrute par un office D'H.L.M

(٣) C.E ٢ Avr ١٩٥٦. Cons Grimouar d, Rec. P. ١٦٨ A. J-١٩٦٨. P.١٨٧ concl M.LONG. T.C ٢٢ AV ١٩٨٥ Coujard de Laplanche .. D. A ١٩٨٥ – No ٢٨٩. R. D. P. ١٩٨٥. P. ١٦٩٧

(٤) Vois. T.C ٢٦ Juin ١٩٨٩ SA Cie gen d' entreprise de chauffage D. ١٩٩٠- p,١٩١ – Obs. PRETOT,D.A ١٩٨٩ No ٤٣٩.

حتي ولو أحالت إلي التقنين الخاص بالعقود العامـــة أو إلـــي كراســـات الـــشروط الخاصة بعقود الدولة ولو تضمنت كذلك شروطا غير مألوفة في القانون الخاص أو كان موضوعها يتعلق بتنفيذ أشغال عامة .

نظرية الوكالة كاستثناء ظاهري من شرط كون أحد طرفي العقد الإداري شخصا من أشخاص القانون العام

إذا كان العقد الإداري يشترط فيه أن يكون أحـــد طرفيـــه شخـــصا مـــن أشخاص القانون العام فقد يبرم العقد لحساب الشخص المعنوي العام .

وهذا ما يسير عليه القضاء في فرنسا علي أساس الأخذ صراحة بنظريـــة الوكالة للاعتراف بالطبيعة الإدارية للعقد المبرم بين شخصين من أشخاص القـــانون الخاص [(١)]

وإذا كان القضاء استقي نظرية الوكالة من القانون المدني إلا إنه لم يتقيـــد بها كما جاءت في القانون المدني ، وقد حاول الفقهاء أن يبـــرزوا ذاتيـــة لنظريـــة الوكالة في القانون الإداري عما جاءتنا من أحكام في القانون المدني حيث أجـــازوا رفع الدعوى على الوكيل مباشرة في القانون الإداري [(٢)] .

كما تختلف نظرية الوكالة في القانون المدني عن التعاقد لحـــساب وباســـم الإدارة فالشركة صاحبة حق الالتزام لا تملك في الواقع وكالة عن الـــشخص العـــام بالمعني الدقيق لهذا المصطلح كما أن قواعد الوكالة لا تنظم هذه العلاقة مع الدولـــة [(٣)]

ويلاحظ أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي لا تسوي بين فكرة الوكالة وبـــين

---

(١) C.E ٢٧ Mai ١٩٥٧ Artand Rec. p ٣٥٠ – C.E ١٧ October ١٩٦٦ Nille Montdidier – Re. P. ٥٣٢

(٢) Jean pierre Negrin l'intervention despersonnos de droit prive dans I' action admimistrative L.G.D. J.١٩٧١p. ٧٥ cite in H. Ghubrecht op. cit. P١٣٨

(٣) ذهب بعض الفقهاء إلي تأييد فكرة الوكالة علي التصرف لحساب الدولة راجع – في ذلك د/ سليمان الطماوى – الأسس العامة للعقود الإدارية ص ٦٤

اصطلاح لحساب الدولة وتميز بينهم ونجد تجسيداً لذلك القول في الحكم الصادر في ١٩٧٦/٧/٦ حيث يقرر نفي الوصف الإداري عن العقد موضوع النزاع باعتبار أن شركة روان المختلطة تعد من أشخاص القانون الخاص ، ولا يظهر من الأوراق أنها أبرمت العقد بوصفها وكيلة عن الدولة (٤)

وهذا لا يعني تجاهل فكرة الوكالة في القانون الإداري بل تطبق في كثير من العقود الإدارية خاصة بعد تطور الحياة الاقتصادية وتدخل السلطة العامة في الحياة الاقتصادية بصفتها أدري بالأساليب التي تسمح للشخص الخاص بالدخول في مجال النشاط الإداري

إلا أنه قد لا تظهر نظرية الوكالة في العقد الإداري بصورة صريحة بل من الممكن أن تكون ضمنية يستشفها القاضي من واقع العقد ومضمونه وظروفه .

(٤) E. ste d' amen agement de la region de roue, D.A. ١٩٧٦ –No ٢٦٠

الفـــــرع الثاني

المعيار الموضوعي لتحديد الطبيعة القانونية للعقد

تمهيد وتقسيم :

اختلف الفقهاء حول العناصر التي يحتويها المعيار الموضـــوعي لتحديـــد تكييف العقد . منهم من يري أن عناصر المعيار الموضوعي تتصل بفكرة المرفـــق العام فذهبوا : لكى يكون العقد إداريا يجب ارتباط محله أو موضوعه بمرفق عـــام بأي شكل من الأشكال .

ورأي البعض الآخر أن عناصر المعيار الموضوعي تتصل بالبنود التـــي يشملها العقد فذهبوا : لكي يكون العقد إداريا يلزم احتواؤه عليٰ بنود غير عاديـــة او غير مألوفة بالنسبة لعقود القانون الخاص .

ووفقا للقضاء الإداري المصري فإنه يشترط لوصف العقد بالطابع الإداري هو أن يتعلق بمرفق عام وضرورة وجود بنود غير مألوفة بالإضافة إلي ضـــرورة أن يكون أحد طرفي العقد علي الأقل شخصاً من أشخاص القانون العام .

ومن أمثلة أحكام القضاء الإداري المصري في ذلك حكم محكمة القـــضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١٢/٩ وفيه تقول " ..... وإنما تتميز العقود الإداريـــة عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقـــد الإداري تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة علي مصلحة الأفراد الخاصة " .

غير أنه مجرد صلة العقد بالمرفق العام وإن كانت شرطاً لازمـــاً ، فإنهـــا ليست مع ذلك كافية ، فلم يعد المرفق العام وحده المعيار القاطع في التمييز الـــدقيق بين العقود الإدارية وبين العقود المدنية التـــي تبرمهـــا أيـــضا جهـــة الإدارة ..... والعبرة إذن بما تأخذ به جهة الإدارة في عقدها من أسلوب القـــانون العـــام ليأخـــذ الطابع المميز للعقد الإداري وما ينطوي عليه من شروط اســـتثنائية غيـــر مألوفـــة بالقياس إلي شروط العقود الخاصة بين الأفراد [1]

---

(١) راجع في ذلك الحكم الصادر في ١٩٥٦/١٢/٩ من محكمة القضاء الإداري المصري فـــي القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق مجموعة أحكام المجلس لسنة ١ ق صـــ ٧٦١١ .

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في ذلك تقول " العقد يعتبـــر إداريـــاً إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتصلا بنشاط مرفق عام ومتضمناً شـــروطاً غير مألوفة في القانون الخاص .... إذا تضمن العقد الشروط الثلاثة مجتمعه كـــان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري ...." (٢) .

أما في القضاء الإداري الفرنسي فإنه يستخدم أحد العنصرين أو العلامتـــين للمعيار الموضوعي للاستدلال علي صفة العقد الذي تبرمه الإدارة فهو يبحث عـــن أحدهما في العقد ويكتفي بوجود أحدهما لتكييف العقد بأنه عقـــد إداري ولا يـــشترط وجود الاثنين معا ، فكل من معيار المرفق العام ومعيار البنود غير المألوفة يعتبـــر بديلا عن الآخر ، وهذا الوضع استقر في فرنسا مؤخراً حيث في فترة أزمة معيـــار المرفق العام كان يشترط توافر العلامتين معا ولا يكفي تعلـــق العقـــد أو اتـــصاله بمرفق عام بل يتعين إلي جانب ذلك وجود بنود غير مألوفة فيه.

وهذا عكس ما عرضناه في أحكام القضاء الإداري المصري الذي يعتبـــر غياب أحدهما (المرفق العام – البنود غير المألوفة) يـــؤدي إلـــي نفـــي الـــصفة الإدارية عن العقد ويصبح عقدا من عقود القانون الخاص .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " بيع مال مملـــوك للدولـــة ملكا خاصا يعتبر عقداً من عقود القانون الخاص ، طالما تـــصرفت الدولـــة علـــي النحو الذي يتصرف فيه الأفراد في أموالهم ولم تستخدم فيه وسائل القـــانون العـــام فهذا العقد وإن كان أحد طرفيه جهة إدارية إلا أنه لا يتسم بسمات العقود الإدارية : فهو لا يتصل بتسيير المرفق العام ولا يعدو أن يكون مجرد عقد بيع مـــال مملـــوك للدولة ملكا خاصا تتصرف فيه علي النحو ما يتصرف الأفراد في أمـــوالهم طبقـــا لأحكام القانون المدني ، وقد أبرم العقد بشروط ليس فيها أدني خروج علي أســـلوب

---

(٢) راجع في ذلك الطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ ق الصادر في ١٩٨٧/٢/٢١ مجموعـــة أحكـــام المحكمة الإدارية العليا السنة ٣٢ قضائية الجزء الأول من أول أكتوبر ١٩٨٦ حتي فبرايـــر سنة ١٩٨٧ ص ٨٥٣ .

القانون الخاص ولا توحي باتجاه فيه الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام[1]

يتبين مما تقدم أن القضاء المصري كان اكثر وضوحا في بيان المعيار الموضوعي وذلك لأنه يتطلب بصفة مستمرة ضرورة اجتماع عنصري الضابط الموضوعي معا إلا أنه تبني مفهوما واسعا للمرفق العام والصلة التي يجب أن تربط بينه ، وبين العقد حيث درج استخدام صيغ عامة تتسع لتشمل كل صور اتصال العقد بالمرفق العام وفي ظل فكرة الخصخصة التي ينتهجها النظام الاقتصادي المصري أضفي قدرا من المرونة علي الضابط الموضوعي للمرفق العام بخلاف فكرة الوكالة أيا كانت حقيقة التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني فذلك مرجعه جوهر السياسة القضائية التي تحكم توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي وكذا إلي مدى إمكانات القضاء الإداري العقلية والواقعية سواء في مصر أو في فرنسا .

وعلي ذلك فسوف نتناول هذا الموضوع في النقاط الآتية

أولا : اتصال العقد بنشاط مرفق عام

أ – مفهوم المرفق العام . .

ب– كيفية اتصال العقد المرفق العام

جـ– مدى صلة العقد بالمرفق العام

ثانيا : تضمين العقد شروطا استثنائية .

---

(١) راجع في ذلك مجموعة أحكام الإدارية العليا في خمسة عشر عاما صـ ١٨٣٢ الحكم الصادر في ١٩٦٨/٣/٢٤ رقم ٥ س ١٣ ق ٥٥٧/٧٥.

أولا : اتصال العقد بنشاط مرفق عام

عـــــام :

بينا فيما سبق أن الضابط الأول في معيار تمييــز العقــد الإداري هــو أن يكون أحد طرفي العقد شخصا من أشخاص القانون العام إلا أن مجرد وجود صــفة الشخص العام في العقد لا يكفي في اعتبار العقد إداريا .

لذلك كان من الضروري البحث عن عنصر آخر للدلالة علي صفة العقد الإدارية .

وفي هذا المعني تقول محكمة القضاء الإداري المصرية " ... ليس بكــاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصا إداريا عامــا للقــول بــأن هــذا التصرف أي العقد دائما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام(١)

ويتبلور الضابط الآخر لإضفاء الصفة الإدارية علي العقد أن يتصل العقــد بمرفق عام فلكي نكون أمام عقــد إداري يتعــين أن يتعلــق محــل العقــد أو موضوعه بمرفق عام بأي شكل من الأشكال ولهذا لا تعتبر عقود الإدارة الخاصـــة باستغلال الدومين الخاص من قبيل العقود الإدارية مثل عقود بيــع ثمــار الحــدائق المملوكة للدولة ملكاً خاصاً والتي تتصرف فيها الإدارة علي شاكله الأفراد عنــدما يتصرفون في أموالهم وفقا لقواعد القانون المدني (٢).

ولهذا يلاحظ أن ارتباط العقد الإداري بنشاط مرفق عام يمثل ركنــاً هامــاً مع بقية الشروط الأخري لإضفاء الطابع الإداري علي العقد .

---

(١) محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٦/١٢/٩ قضية رقم ٨٧٠ لــسنة ٥ ق مجموعــة احكــام المجلس السنة الأولي ص ٧٦١١

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٨/٢/٢٤ القضية رقم ٥٥٩ سنة ١١ ق مجموعة السنة ١٣ ق العدد الثاني .

(أ) تحديد مفهوم المرفق العام

تتابعت التعريفات الفقهية في وضع تعريف محدد للمرفق العام وقد زاد من صعوبة وضع تعريف محدد للمرفق العام تطور أنشطة الدولة وتعدد أوجه تدخلها في كافة الانشطة المختلفة في المجتمع .

ففي فرنسا :

واجه القضاء الإداري الفرنسي مدلول عبارة المرفق العام بتفسير موسع ولم يعد هناك فرق بين التعريف الموضوعي وفكرة المنفعة العامة إذ نظر إلي المرفق العام باعتباره نشاطاً تقوم به الهيئات بقصد تحقيق نفع عام [١]

وظهر أول تطبيق إيجابي لفكرة المرفق العام في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Terrier بتاريخ ١٩٠٣/٢/٦ بشأن مجال العقود الإدارية وحدد هذا الحكم المقصود بالمرفق العام باعتباره هو النشاط الذي يصدر عن الشخص الإداري والذي يهدف إلي أداء خدمة عامة وكذلك صدر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Theorond الصادر في ٤ من مارس سنة ١٩١٠ وقد كان المعيار المستمد من هذا الحكم حسب تعبير الفقه الفرنسي هو معيار تنفيذ مهمة المرفق العام [٢] .

Critere de l'execution du Service public

ثم ما لبث أن تحول هذا المعيار إلي فكرة أخرى تقوم علي أساس المشاركة أو المساهمة في المرفق العام . Participation au Service public وظهرت هذه الفكرة في تقرير المفوض Blum بمناسبة قضية شركة الجرانيت فوج [١]

---

(١) يراجع في هذا الصدد حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٥١/٩/١٠ في قضية Commune de Monsegure المجموعة ص ٥٧٣ .

(٢) يراجع د/ فؤاد العطار في القانون الإداري صـ٥٧٧ رسالة دكتوراه عن عقد الأشغال العامة بالفرنسية طبعة سنة ١٩٥٥ صـ١٨ وما بعدها.

(١) راجع كذلك حكم
C.E ٤ Mars – ١٩١٠ Rec p ١٩٣ concl pichat les grand arrest de la jurisprudence – admimistr ative p ١٣٢ et suiv. حكم مجلس الدولة الفرنسي في

أما في مصر : -

فقد أخذ الفقه والقضاء المصري بالمعني الموضوعي للمرفق العام وطبقاً لهذا المعني يقصد بالمرفق العام بأنه هو كل نشاط يهدف إلي أداء خدمة عامة تقوم به الإدارة مباشرة أو يقوم به أحد الأفراد تحت إشراف السلطات الإدارية المختصة في نطاق القانون العام .

ففي إحدى إفتاءات قسم الرأي بمجلس الدولة عرف المرفق العام بأنه " كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف علي إدارته ، ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطان الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام العام وخدمة المصالح العامة في الدولة [٢]

وتعرف محكمة القضاء الإداري المرفق العام بأنه " كل مشروع تنشئة الدولة أو تشرف علي إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجة العامة التي تتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام أو يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة[٣] .

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المرفق العام في أحد أحكامها بأن قضت بأنه " عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام هو عقد إداري يتعهد بموجبه شخص برضائه واختياره بالمساهمة نقدا أو عينا في مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة فهو يمتاز بخصائص العقود الإدارية التي تنأي عن القواعد المألوفة في مجالات القانون الخاص ، ومن ثم فلا يتقيد في شأنه إذا تم علي وجه التبرع

١٩١٢/٧/٣١ في قضية Societe Grantints porphyrordes des vos- ges المجموعة صـ ٩٠٩

(٢) راجع في ذلك فتوي قسم الرأي رقم ٣٥٣ في ١٩٦٥/٣/٣١- السنة الثامنة ومنتصف التاسعة الموسوعة الإدارية الحديثة صـ١٠٩٧ قاعدة ٦١٦

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٦/١ القضية رقم ٣٤٧٠ لسنة ٤ ق.

بقواعد الهبة المقررة في القانون المدني [1] . وهنا نجد أن المحكمة الإدارية العليا أخذت بمفهوم أوسع لفكرة المرفق العام .

يتبين مما تقدم أن مفهوم المرفق العام في مجال العقود الإدارية يمكن أن يستخدم بأحد المعنيين بالمعني العضوي الذى يفيد المنظمة أو المشروع أو الهيئة التي تنشئها الإدارة لإشباع حاجة عامة وحينئذ نكون غير بعيدين عن الشرط الأول في المعيار المميز للعقد الإداري وهو اشتراط أن تكون الإدارة طرفا في العقد أو بالمعنى الموضوعى الذى يقصد به النشاط الذى يباشره الشخص العام بنفسه أو يقوم به ملتزم تحت إشرافه [2] .

وأنني أؤيد التعريف المبسط للمرفق العام بأنه " هو مشروع يقوم علي تحقيق نفع عام وتديره الدولة بوسائل القانون العام دون وسائل القانون الخاص ومن هنا يمكننا حصر عناصر المرفق العام في أربع عناصر هي :

أ – وجود مشروع يتم العمل من خلاله لتحقيق المصلحة العامة .

ب– أن تكون المصلحة المبتغاه من المشروع هي تحقيق النفع العام .

جـ– إدارة المشروع بواسطة وسائل القانون الخاص .

د – عدم خضوع المشروع لوسائل القانون الخاص .

ويلاحظ أن فرض الإدارة لسلطتها علي مشروع من مشروعات القانون الخاص لسبب أو لآخر لا يعني ذلك تحول المشروع إلي مرفق عام بمجرد فرض سيطرة الإدارة عليه .

---

(١) مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا في ١٥ عام ١٩٦٥ – ١٩٨٠ ص ١٩٨٣ وهناك حكم آخر عن ذات المعني المجموعة السنة ٢٦ عن صـ ١١٥٤ الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦١/٥/٢٠ وكذلك الحكم الصادر في ١٩٦٢/٣/٣١ المجموعة السنة ٧ ص ٥٢٧ .

(٢) أخذ الفقيه Andre De laubadere بالمعنى الموضوعى للمرفق العام حين ذكر أن المرفق العام هو نشاط تباشره سلطة عامة بقصد الوفاء بنشاط ذا نفع عام . راجع فى ذلك د./ عمر حلمى المرجع السابق صـ ١١١ ، صـ ١١٢ .

(ب) كيفية اتصال العقد بالمرفق العام

ذكرنا فيما سبق أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام هو أمر جوهري حتـــي يضفي علي العقد الطابع الإداري فإذا لم يوجد ارتباط بين العقد والمرفق العام فــلا نكون بصدد عقد إداري بل عقد مدني وتكمن جوهرية هذا الاتصال إلي ما تحتويـــه الطبيعة القانونية للعقود الإدارية من خروج علي القواعد المتبعة في العقود المدنيـــة ولا يبرر ذلك إلا إذا كان العقد مرتبطا بنشاط مرفق عام .

إلا أن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ليس له صورة بذاتها فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق ، أو استغلاله أو تسييره أو بالمعاونة في تسييره وإدارته ، وقد أوضح الفقيه دي لوبادير بأنه ليس في الإمكان تحديد إطار لصور اتــصال العقــد بالمرفق العام وحصر هذه الصور في قائمة محددة [١] ، ويضيف أن الأمر الأكثــر شيوعا حسبما هو متبع في القضاء هو محاولة طرح نماذج ثلاثة لــصور اتــصال العقد بالمرفق العام من حيث المبدأ [٢] وهي :

١ـ العقود التي تعهد فيها للمتعاقد بمهمة تسيير المرفق العام :

من أمثلة هذه العقود عقد إلتزام المرافق العامة ، والذي تعهد فيــه الإدارة إلي فرد أو شركة بإدارة مرفق عام ولكن تحت سيطرة الإدارة .

٢ـ العقد الذي يكون موضوعه أو هدفه اشراك المتعاقد في تسيير المرفق العام:

في هذا النوع من العقود يكون للمتعاقد الحق في الاشــتراك فــي تــسيير المرفق العام في جزئية منه وليس في كافة جوانب المرفق العام مثل عقد التوريد ، وعقد النقل ، وعقد إيجار الخدمات فالعقد الذي يبرم بين صـــاحب ســفينة ، وبــين الإدارة لنقل الجنود والمؤون فإنه يساهم مباشرة في تسيير المرفق العام ، ومن ثــم يعد عقداً إدارياً في حين يعد هذا العقد مدنياً إذا ما اقتصر صاحب الــسفينة علــي وضعها تحت تصرف الإدارة وبذاتها الشروط المألوفة في العقود التجاريــة أو دون

---

(١) T. C Manson – November – ١٩٢٢ – R. D. P. ١٩٢٣ .

(٢) A De laubadere – moderne –F.De lelvolve . T.C. A . ٢ ed. T. ١٠ P. cit. P. ١٩٣

أن يخول صاحب السفينة سلطة التدخل مباشرة في نشاط المرفق العام [١]

يلاحظ علي هذه العقود إنها تخدم المرفق بطريق غير مباشر ، ومع ذلك فإن القضاء الإداري يجري علي اعتبارها عقودا إدارية إذا تضمنت شروطا غير مألوفة في القانون الخاص فضلا عن اتصالها بنشاط المرفق العام بطريق غير مباشر ، أما إذا كان العقد لا يحقق هدف المرفق مباشرة فهو يعتبر حينئذ من العقود المدنية حتي ولو استهدفت الإدارة بإبرامه تحقيق أهداف المرفق بصورة غير مباشرة [٢] .

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي لا يأخذ بهذا المعيار علي إطلاقه فكثيرا ما يرفض الاعتراف بالطبيعة الإدارية لعقود تهدف مباشرة إلي تسيير مرفق عام وتطبيقا لذلك قرر في أحد أحكامه بأن " إطلاق صواريخ ملونة في احتفالات أعياد ١٤ يوليو يعتبر عقد مدنيا لأن الخدمة العامة المطلوبة من المتعاقد أداؤها ليست من طبيعة مغايرة للخدمات التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم [٣] .

وبصدد عقد أخر موضوعه تبليط مدينة " ليل " أي تنفيذ هدف مرفق عام وهو مرفق المواصلات فقد اعتبره المجلس أن مثل هذا العقد لا يعتبر إداريا [٤] .

كما اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية أن تعاقد الإذاعة مع القارئين لا يعتبر عقدا إداريا رغم أنه يحقق هدف مرفق عام بطريق مباشر[٥]

---

(١) راجع للدكتورة / عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإداري عام ١٩٨١ صـ ٥٨

(٢) راجع في ذلك مقال للفقيه مارك رجلان – مجلة القانون العام سنة ١٩٢٤ صـ ١٩١
De l, application aux marche de founiture de la separation des autorites administratives et judicidires.

(٣) C.E. ١٤ Mai- ١٩٤٨ – jacquin- R.p. ٢١٣

(٤) C.E. Juillet – ١٩١٢-ste Granits des vosges. R.P. ٩٠٩

(٥) راجع حكم محكمة القضاء الإداري ٢٩/٤/ لسنة ٧ ق مجموعة صـ٢٢

٣ـ **العقد الذي يكون موضوعه ذاته تنفيذ المرفق العام :**

من أمثلة هذا النوع من العقود حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية الزوجين " برتان " وتتلخص وقائع هذه القضية في أن مركز إيواء اللاجئين قد إبرام سنة ١٩٤٤ عقدا شفويا مع الزوجين برتان عهد فيه إليهما بتغذية اللاجئين الروس المقيمين في معسكرات لإيوائهم تمهيداً لترحيلهم إلي بلادهم ،وفي سنة ١٩٤٥ طلب الزوجان زيادة مقابل تأدية هذه الخدمات للاجئين لزيادة كميات الأغذية فرفضت وزارة المحاربين القدماء المشرفة علي المركز دفع المبالغ مستندة إلي أن العقد لم يتضمن شروطا استثنائية ومن ثم فلا يعتبر عقدا إداريا ، وقد رفض المجلس هذا الدفع وقضي باختصاصه بنظر الدعوى استنادا إلي أن العقد المذكور كان موضوعه تنفيذ مهمة المرفق العام ذاته وهو قيام المرفق بعملية ترحيل اللاجئين الأجانب الموجودين علي الأراضي الفرنسية .

ونلاحظ علي هذا الحكم أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبره عقدا إداريا رغم عدم تضمينه شروطا استثنائية ولم يلتفت إلي ذلك واكتفي لإضفاء الصفة الإدارية عليه مجرد القيام بتنفيذ مهمة المرفق العام ذاته .

وينبغي أن نلاحظ أن هذه الصور التي جاء بها الأستاذ لوبادير لا تمنع من وجود صور أخري من اتصال العقد بالمرفق العام .

ويري أستاذنا الدكتور الطماوي أن مسألة مدى اتصال العقد بالمرفق العام هي مسألة موضوعية يراعيها القضاء الإداري في كل حالة علي حدة فإذا ما انقطعت صلة العقد بالمرفق العام فإنه يعتبر عقدا خاصا[1]

ويصر مجلس الدولة الفرنسى على ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام ومن أحكامه التى تركزت على اتصال العقد بنشاط مرفق عام دون حاجة إلي

---

(١) راجع الدكتور / سليمان الطماوى مرجع الأسس العامة للعقود الإدارية ص ٨٤ وراجع كذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٥٦/١٢/٩ سنة ٥ ق قضية رقم ٨٧٠ حيث اعتبر العقود المبرمة بين الأشخاص العامة لإدارة أموالها الخاص من قبل العقود المدنية لانقطاع صلتها بتيسير المرفق العام .

إضافة شروط أخرى على شاكله الشروط الاستثنائية هو حكم Gondran الصادر في ١٩٥٦/٥/١١ حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي علي الصفة المدنية للعقد المبرم بين الإدارة وبين المتعاقدين والخاص بنقل وتخليص البضائع .

(جـ) مدي صلة العقد بالمرفق العام

ذكرنا فيما سبق ان البحث في مدى اتصال العقد بالمرفق العام هي مسألة موضوعية يراعيها القضاء الإداري في كل حالة على حدة ولكن ماذا لو انقطعت هذه الصلة بين العقد والمرفق العام ؟ وما هي درجة الاتصال المطلوبة لاعتبار العقد المتصل بالمرفق العام عقدا إداريا ؟ هذا ما نراه في هذا المطلب .

فبالنسبة للنقطة الأولي الخاصة بحالة انقطاع صلة العقد بالمرفق العام نجد في هذه الحالة أن العقد الذي تنقطع صلته بالمرفق العام يعتبر عقداً خاصاً [١] فعلي سبيل المثال تنقطع صلة العقد بالمرفق العام إذا استهدفت الإدارة تحقيق مصلحة خاصة بها . وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار العقود التى تبرمها الإدارة لإدارة الدومين الخاص أو لتحقيق أغراض مالية بحتة عقوداً مدنية حتي ولو كانت متعلقة بأحد المرافق العامة. أو تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص [٢] . ويتجه القضاء الإداري في مصر إلي تأييد ذات المبدأ فقضت محكمة القضاء الإداري بخصوص بيع الدولة لثمار بعض الحدائق المملوكة لها بأنه :

" لا علاقة لتلك العقود بتسيير مرفق عام وإنما تنصرف العقود الثلاثة ... إلي استغلال الدولة للدومين المملوك لها ملكا خاصا تتصرف فيه علي شاكلة الأفراد عندما يتصرفون في أموالهم تصرف السيد في ماله وفقًا لقواعد القانون المدني [٣] " .

---

(١) راجع دكتور سليمان الطماوى الأسس العامة للعقود الإدارية ص ٨٤.
De laubadere – op – cit- p. ١٩٣. ٢٠٧

(٢) C.E. ١/٧/١٩٤٩ Moulins de Boisset Lebon. P. ٣٦٣
C.E ١٧ Decembre ١٩٥٤ . Grony – R. J. P. UF ١٩٥٥ .p. ٦٢٣

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٦/١٢/٩ القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية .

بالنسبة للنقطة الثانية الخاصة بمدي درجة الاتصال المطلوبة بين العقد والمرفق العام :

بالنظر في الأحكام الخاصة بمجلس الدولة الفرنسي نجدها أنهـا لا تكتفـي بمجرد صلة العقد بالمرفق العام لإضفاء الطابع الإداري عليها وإنما يـستوجب أن تكون صلة العقد بالمرفق العام علي درجة عالية من القوي[1] أو أن يكون المرفـق جوهريا في العقد[2] Essentiel au Contrat أو أن يكون موضوعه ذات صـلة وثيقة ومباشرة ومحددة بصورة كافية مع المرفـق Relation directe et Suffis ament – Precise et etroite a vec le service public .

وبذات المعني تقول المحكمة الإدارية العليا " أن العقد الإداري هو العقـد الذي يبرمه احد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسـبة تـسييره وان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شـروطا غيـر مألوفة ....." [3] .

ويلاحظ مما تقدم أن هناك اختلافا جذريا بين القضاء المصري والقـضاء الفرنسي حالة عدم اتصال العقد بالمرفق العام .

ففي مصر نجد أن احكام القضاء الإداري مليئة بالأمثلـة علـي أن عـدم اتصال العقد بالمرفق العام يجعل هنا العقد مدنيا ولو تضمن العقد شروطاً اسـتثنائية فقد اعتبر القضاء أن العقد المبرم بين سكة حديد الدلتا و أحد الأفراد عقـداً مـدنياً لبيع الزلط الذى تستخرجه من محاجرها ، وذلك علي أساس أنه " لا يتصل بتسيير مرفق عام ، ولا يعدو أن يكون مجرد عقد بيع مال الدولة ملكاً خاصاً تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقا لأحكام القانون المدني "[4].

إلا أنه في فرنسا يعتبر انقطاع الصلة بين العقد ونشاط المرفـق العـام لا يعني بالضرورة أن يكون العقد مدنياً فاحتواء العقد على شـروط اسـتثنائية غيـر

---

(١) Vedel Op. Cit p. ٣٨٥

(٢) De laubadere op cit. p ١٩١ Rougevin – Baville op-cit p.١٨٣

(٣) راجع أحكام المحكمة الإدارية العليا ١٩٩٨/١١/٢٤ – الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق .

(٤) نفس حكم الإدارة العليا سالف الذكر .

مألوفة يمكن أن يطبع العقد بالطابع الإداري ، ولو لم يكن له صلة بالمرفق العام وهذا يؤكد أن صلة العقد الإداري بالمرفق العام لم يعد شرطاً ضروريا لكي يكتسب العقد الوصف الإداري وإنما لابد من احتواء العقد على شروط استثنائية [٥] وأن تكون الإدارة قد استخدمت بشأنه أسلوب الإدارة العامة أي استعملت وسائل القانون العام [١] وإضافة إلي ما تقدم فإن القضاء الإداري المصري لا يشترط اتصال العقد بالمرفق العام بصورة معينة أو بشكل معين فأيا كانت الصورة التي عليها الاتصال من حيث تنظم المرفق أو استغلاله أو تسييره ، أما في فرنسا فيتعين التقيد بنماذج معينة لاتصال العقد بالمرفق العام .

ثانيا : تضمين العقد شروطا استثنائية

تقديم وتقسيم :

لا يعتبر كل عقد تبرمه الإدارة مع الأفراد عقدا إداريا ولو تعلق بأحد المرافق العامة، فمنه ما يعتبر إداريا تأخذ فيه جهة الإدارة بأساليب وأحكام القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بسلطات وامتيازات القانون العام ، ومنه ما يعد مدنيا تلجأ فيه جهة الإدارة لوسائل القانون الخاص ، وبناء على ذلك فإنه لا يمكن الاقتصار على شرط اتصال العقد بنشاط مرفق عام لوصفه بأنه إدارى .

ويلاحظ أنه لابد من وجود دليل على انصراف نية جهة الإدارة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام فى إدارة المرفق العام يكشف عن اتجاها فى الظهور (١) بمظهر السلطة العامة فى العقد ، ويتجلى ذلك فى احتواء العقد لشروط استثنائية لم

---

(٥) Rivero-op-cit-p. ١٥١ – Vedel op. Cit p. ٣٨٨

(١) راجع في هذا الموضوع الدكتور / عثمان خليل نظرية المرافق العامة سنة ١٩٥٤ ، وما بعدها وكذلك الدكتور / توفيق شحاته مبادئ القانون الإداري ١٩٦٥ ، والدكتور / مصطفي أبو زيد فهمي نظرية المرافق العامة سنة ١٩٥٧ ، والدكتور / ثروت بدوى القانون الإداري ، بحث المعيار المميز للعقد الإداري مجلة القانون والاقتصاد رقم ٣٧ لسنة ١٩٧١ العدد الثالث والرابع ص ١٢٣

(١) راجع فى ذلك د./ محمد عبد الواحد الجميلى – ماهية العقد الإدارى فى ضوء أحكام القضاء الفرنسى والمصرى – دار النهضة العربية طبعة سنة ١٩٩٥ صـ١٠٨

يألف الأفراد أن يضمنوها فى العقود التى تبرم بينهم (٢).

ونظرا لعدم وجود تعريف محدد لمثل هذه الشروط فى أى تشريع فقد برز اجتهاد الفقه والقضاء فى إيجاد مفهوم للشروط الاستثنائية الواردة فى العقد ، وصورها والأساس القانونى لها ، وفى مدى كفاية هذه الشروط كمعيار لتمييز العقد الإدارى.

تقسيم : سوف نتناول موضوع الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإدارى فى النقاط الآتية :

أ- مفهوم الشروط الاستثنائية وصورها والأساس القانونى لها .

ب- مدى كفاية الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإدارى .

(أ) مفهوم الشرط الاستثنائى

تعددت تعريفات الفقه الفرنسى والمصرى بالنسبة للشرط الاستثنائى نوضح جانبا منها فيما يلى :

- الشروط الاستثنائية هى تلك الشروط التى تقرر عدم المساواة بمنح الشخص العام مركزا أعلى عن المتعاقدين [1] .
- ويرى البعض من الفقه أن الشروط الاستثنائية هى الشروط التى تحمل السمة الإدارية ، وتعطى الإدارة حق الرقابة غير المألوف [2].
- بينما يرى آخرون أن الشروط الاستثنائية هى الشروط التى لا توجد عادة فى القانون الخاص سواء باعتبارها باطلة لمخالفتها للنظام العام ، أو لأن السلطة الإدارية تضمنها العقود التى تبرمها بقصد تحقيق المصلحة العامة ، وهذه الشروط تكون غريبة عن أشخاص القانون الخاص [3].

---

(٢) راجع فى ذلك د./ أنس جعفر – العقود الإدارية – دار النهضة العربية – ٢٠٠٢

(١) R. Chapus: Droit adminstratif general ١٩٨٨, P. ٣٦١

(٢) Charles Debbaseh institutions et droit adminstratif ١٩٨٧, P. ١٦٣

(٣) M. Waline ; Precis de droit adminstrnatif ١٩٦٩, ٣٩٤; ١٩٨٧, P. ١٦٣

- واتجه فريق آخر من الفقه الفرنسى إلى القول بأنه من الصعب تحديد مفهوم للشروط الاستثنائية واستندوا فى ذلك إلى سببين :

- **الأول :** تنوع وتشعب هذه الشروط .

- **الثانى :** أن إثبات تحقق هذا الشرط يتبع القضاء الإدارى أحيانا ، وأحيانا يتبع القضاء العادى ، وفى أحيان أخرى يتبع محكمة التنازع (١).

وفى الفقه المصرى : يرى جانبا من الفقهاء المصريين أنه مهما أحكمت التعريفات للشروط الاستثنائية التى يمكن أن يتضمنها العقد ويعد بناء عليها عقدا إداريا فإن تحديد ما يعتبر شرطا استثنائيا أم لا هى مسألة موضوعية تترك لقاضى الموضوع يحددها فى كل حالة على حدة مستهديا فى ذلك ببعض القرائن التى تعطى امتيازات للإدارة أو للمتعاقد (٢).

مفهوم الشرط الاستثنائى فى القضاء الفرنسى والمصرى

حاول القضاء فى فرنسا ومصر وضع تعريف للشروط الاستثنائية ، وقد بدأت أول المحاولات لتعريف الشروط الاستثنائية على يد مجلس الدولة الفرنسى الذى عرفها بأنها تلك الشروط التى تمنح الأفراد حقوقا أو تحملهم بالتزامات غريبة عن تلك التى يتفق عليها الأفراد فى عقودهم الخاصة المدنية والتجارية (٣).

وفى أحكاما أخرى لمجلس الدولة الفرنسى عرف الشروط الاستثنائية بأنها تلك الشروط التى تعطى الإدارة امتيازات غير مألوفة فى القانون الخاص ، أو أنها هى الشروط التى تختلف فى طبيعتها عن تلك التى يمكن أن يتضمنها عقد

راجع أيضا تعريفات أخرى للشرط الاستثنائى لكل من G.Vedel; Remarques sun La. Notion de clause exorbitante Melange Mestre ١٩٥٦. P. ٥٢٧
وكذلك للفقيه Andre De Laubader et autre Traite des contrats adminstratif P. ٢١٤

(١) Andre De Laubadere et autre, traite des contrats adminstnatif P.٢١٤

(٢) راجع فى تفضيل ذلك أ.د/ سليمان محمد الطماى – الأسس العامة للعقود الإدارية ١٩٨٤ صـ ٨٢ ، وكذلك أ.د/ أنس جعفر – العقود الإدارية – ٢٠٠٢ دار النهضة العربية .

(٣) C.E., ٢٠ October ١٩٥٠. Stein. Rec. P. ٥٠٥.

مدنى [٤] وحددت محكمة النقض الفرنسية الشرط الاستثنائى بأنه الشرط الذى يختلف بطبيعته عن الشرط الذى يمكن وروده فى أى عقد مماثل من عقود القانون الخاص[٥] وأوضحت ممكن التنازع مفهوم الشرط الاستثنائى بأنه الشرط غير المألوف فى عقود القانون الخاص [١].

وفى مصر عرفت المحكمة الإدارية العليا الشروط الاستثنائية بأنها الشروط التى تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها . وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة[٢].

وفى حكم آخر أوضحت أن هذه الشروط هى شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخاص [٣].

وقد عرفت محكمة القضاء الإدارى الشروط الاستثنائية فى أحد أحكامها جاء فيه "إن علاقة العقد بالمرفق إذا كانت ضرورية لكى يعتبر العقد إداريا فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتبارا بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ فى إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها فى العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص فيتبع بشأنه ما يتبعه الأفراد فى تصرفاتهم الخاصة ، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية مما عداها من عقود الأفراد

---

(٤) C.E. ٢٩ Luin ١٩٥١, Rec. P. ٢٢١

(٥) Cass, Civ., ١٨ Fevier ١٩٩٢. Cie. La Mondiale, J.P,.A. ١٩٩٢ , TV,P.١٢٦.

يرى بعض الفقهاء تعقيبا على تعريف مجلس الدولة الفرنسى للشرط الاستثنائي بأن صيغة هذه الأحكام توحى بالاعتقاد بأن بعض الشروط لا يمكن أن ترد فى العقود التى تبرم من قبل أى شخص ولكن فقط فى العقود المبرمة من قبل شخص عام راجع فى ذلك Lavrent Richer, op. Cit, p. ٢٣

(١) T.C. ١٤ November, ١٩٦٠, Societe cooperative agricòle de stockage de la region d, ablis, Res, P.٨٦٧

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٩٣/٢/٢٥ ومجموعة الأحكام صـ ١٢٢٥ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٧/١٢/٣٠ ومجموعة الأحكام صـ ٣٥٩ .

وعقود القانون الخاص التى تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أى صورة من الصور مشتركا فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى العقد [٤]

أيا كانت التعريفات التى سيقت فى تحديد مفهوم الشروط غير المألوفة فإنها تدور حول معنيين:

المعنى الأول :

أن الشرط غير المألوف هو ما لم يعتمد الأفراد على إدراجه فى عقودهم .

المعنى الثانى :

الشرط غير المألوف هو الشرط المخالف للنظام العام بالنسبة لعقود القانون الخاص . ولكن فى كل من المعنيين السابقين ينطوى على صعوبة الاعتماد على معنى محدد للشرط غير المألوف .

ففى المعنى الأول نواجه صعوبة تحديد الشروط التى اعتاد الأفراد على إدراجها فى عقودهم ، والذى مقتضاه أن للأفراد حرية فى إدراج أى شروط فى عقودهم طالما كانت محققة لمصلحتهم الخاصة ما لم تكن مخالفة للنظام العام والآداب .

أما المعنى الثانى :

فلا يمكن الأخذ به لأن مفهوم النظام العام لا يختلف فى القانون الخاص عن القانون العام . لكل ما تقدم فنحن نؤيد الرأى الفقهى الذى يجعل ما يعتبر من الشروط الاستثنائية مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضى الموضوع يستقيها من الظروف المحيطة بالعقد[١] .

---

(٤) راجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٥٦/١٢/١٦ القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ ق ، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٢/٢٢ القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ ق ، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٣/١٠ لسنة ١١ ق صـ ٢٥٤ ، وحكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٥/١٢ فى الدعوى رقم ١٤٧٢ لسنة ١٠ ق .

(١) من هذا الرأى أ.د/ سليمان محمد الطماوى – الأسس العامة للعقود الإدارية ١٩٨٤ – صـ

وأيا كانت الصعوبات التى تكتنف معيار البنود غير المألوفة فى القانون الخاص إلا أنه معيار يمثل تطورا ملحوظا فى معايير تمييز العقد الإدارى وهو معيار مكمل للمعايير سالفة الذكر .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا فى إحدى أحكامها الحديثة بأنه " لاعتبار العقد إداريا يتعين أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه ، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة فى القانون الخاص ...... "[1].

صور الشروط الاستثنائية :

تتعدد صور الشروط الاستثنائية التى ترد فى العقود الإدارية ، ولكن يمكن أن ندلى ببعض منها على سبيل المثال لا الحصر على النحو الآتى : [2]

١- الشروط التى تتضمن امتيازات للسلطة العامة :

تتضمن هذه الشروط بعض امتيازات تمنح لجهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها أو تمنح للمتعاقد مع جهة الإدارة فى مواجهة الغير .

أ- الشروط التى تقرر امتيازات لجهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها :

تظهر امتيازات السلطة العامة التى تتمتع بها جهة الإدارة تجاه المتعاقد معها فى مرحلة إبرام العقد الإدارى وكذلك أثناء تنفيذه .

---

٨٢ ، وكذلك د./ أنس جعفر – العقود الإدارية صـ ٢٧

(١) راجع فى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٢٨٤ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٢ الموسوعة الإدارية الحديثة جزء ٣٥ صـ ٢٧٧ قاعدة رقم ٨٧ ، وكذلك الطعن رقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩ المرجع السابق صـ ٢٨١ قاعدة رقم ٨٨ ، والطعن رقم ٣١٢٤ المرجع السابق صـ ٢٨٦ قاعدة رقم ٨٩ .

(٢) راجع فى ذلك د/ ثورية لعيونى – المرجع السابق صـ ٢١١ وما بعدها ، د. / عمر حلمى – المرجع السابق صـ ١٦٩ وما بعدها ، د./ محمد عبد الواحد الجميلى – ماهية العقد الإدارية فى ضوء الاتجاهات الحديثة صـ ١٣١ وما بعدها ، أ.د/ أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة فى تعديها العقد الإدارى صـ ٧٦ وما بعدها و د./ محمد سعيد أمين ، دراسة وجيزة فى فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها ١٩٩٢ ، دار الثقافة الجامعية صـ ٧٨ وما بعدها .

ففى مرحلة إبرام العقد :

يلتزم المتعاقد بمجرد التقدم بالعطاء فى مناقصة أو مزايدة ، فـى حـين لا تلتزم جهة الإدارة إلا بعد إتمام إجراءات التصديق على العقد من جانـب الهيئـات المختصة وقد لا تبرم العقد إطلاقا .[1].

وفى بعض العقود قد تشترط جهة الإدارة شروطا تعد مـن قبـل شـروط الأسر فى القانون الخاص [2].

امتيازات السلطة العامة أثناء تنفيذ العقد الإدارى :

تتعدد امتيازات السلطة العامة أثناء تنفيذ العقد الإدارى الممنوحـة لجهـة الإدارة بصورة لا نظير لها فى نطاق القانون الخاص ومن أمثلتها :

١- الشروط التى تخول الجهة الإدارية الحق فى تعديل التزامات المتعاقـد معهـا بإرادتها المنفردة [3].

٢- الشروط التى تعطى للجهة الإدارية الحق فى إنهاء التعاقد بإرادتهـا المنفـردة دون حاجة رضاء الطرف الآخر [4].

---

(١) راجع د/ ثورية لعيونى ، المرجع السابق صـ ٢١٣ ، د. عمر حلمى – المرجع السابق صـ ١٧٠ ، وراجع على سبيل المثال فى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقـم ١٦٦٨ – ٣٣ (١٩٩٤/١/٤) ٣٩ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا – المرجع السابق صـ ١١٧ .

(٢) راجع فى ذلك أ.د/ سليمان محمد الطماوى – المرجع السابق صـ ٩٣ ، ومن أحكام القضاء راجع الحكم رقم ٥٧٦ – ١١ (١٩٦٧/١٢/٣٠) ٣٥٩/٤٨/١٣ مجموعة المبادئ القانونيـة التى قررتها المحكمة الإدارية العليا – المرجع السابق صـ ١٠٠ .

(٣) راجع فى حكم المحكمة الإداريـة العليـا ٣١٢٨ – ٣٥ (١٩٩٥/١/٢٤) ٤٠ ، مجموعـة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا – المرجع السابق صـ ٩٩ ، وراجـع كذلك حكم محكمة الاستئناف بباريس C.A. Paris ٢٤ October ١٩٩٥, commune de samoreau, CJEG, ١٩٩٧, P. ٢٦, note Savignat.

(٤) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٩٥/١/٢٤ سالف الإشارة إليه ، وراجـع كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى C.A., ٢١ decembre ١٩٦٠, Favier., Rec, P, ٧٢٠

٣- حق الجهة الإدارية فى تغيير طريقة التنفيذ [٥].

٤- حق الجهة الإدارية فى توقيع العقوبات على المتعاقد معها دون حاجـة إلـى وقوع ضرر أو الالتجاء إلى القضاء . [١].

٥- حق الجهة الإدارية فى الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد وكذلك سلطة إيقاف تنفيذه [٢].

٦- حق الجهة الإدارية فى التصرف تلقائيا فيما يتعلق بتسوية المنازعات الناشـئة عن تنفيذ العقد [٣].

جـ- الشروط التى تتضمن امتيازات السلطة العامة لصالح المتعاقد فى مواجهة الغير :

إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطان استثنائية تجاه المتعاقد معها فـإن للمتعاقـد مع جهة الإدارة أن يتمتع بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة فى مواجهة الغير ومن قبيل الأمثلة على هذه الشروط :

١- حق المتعاقد مع جهة الإدارة فى ممارسة بعض السلطات التأديبية والإشـراف على طلبة المدرسة الزراعية . [٤].

٢- حق المتعاقد مع جهة الإدارة فى الحلول محلها فيما يتعلـق بممارسـة حـق الاستيلاء على بعض المنقولات فى حالة نشوء نزاع بين مالكى هذه المنقولات

٣- حق المتعاقد مع جهة الإدارة فى تحصيل رسوم من المنتفعين كمقابلة للخدمـة التى يقدمها للجمهور . الخ

---

(٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٩٥/١/٢٤ سالف الذكر .

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقـم ٦٢ - ٢ (١٩٦١/٥/١٣) ١٠١٢/٢٨/٦ دمـشق مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا - المرجع السابق صـ ١٠١

(٢) C.E., ٨ Janvier ١٩٦٥, Da Fonseca ٢, Rec, p. ٧.

(٣) C.E., ١٦ Avril ١٩٦٩, SNCF, Rec, P. ١٩٤

(٤) راجع فى ذلك د. / ثورية لعيونى ، المرجع السابق صـ ٢١٨ و صـ ٢١٩ ، د. / عمـر حلمى المرجع السابق صـ ١٧٣ صـ ١٧٤ ، د. / محمد عبد الواحد الجميلى - المرجـع السابق صـ ١٣٦ .

ويرى بعض الفقهاء أن الشروط غير المألوفة تساعد فـــي تفـسير طبيعـــة العقد فى حالات معينة إلى جانب المعايير الأخرى ، فالطابع غير المألوف لا يكفى لتعريف الشروط الاستثنائية فليس كل شرط غير مألوف شرطا استثنائيا إلا أن هذه الشروط يمكن أن تصلح أساساً لتمييز العقد الإدارى مـــع غيرهـــا مـــن الـــشروط الأخرى (١)

ويمكننا رد هذه الفئة من الشروط إلى نوعين : - (٢)

أ- شروط لا يمكن تفسيرها إلا فى إطار مبادئ وقواعد القانون الإداري :

هذه الشروط لا يمكن ورودها فى عقود الأفراد وتلجأ إليهـــا جهـــة الإدارة فى عقودها لارتباطها بالقواعد التى تحكم تنفيذ العقود الإدارية ومن أمثلتها : -

١- الشروط التى تحيل إلى النظرية العامة للعقود الإدارية مثل :

- الشروط التى تعطى للمتعاقد مع جهة الإدارة الحق فى إعادة التـــوازن المـــالى للعقد الإدارى.
- الشروط المتعلقة بتعديل الثمن وفقا لقواعد معينة فى حالة تقلب الأسعار نتيجـــة ظروف اقتصادية غير متوقعة .

ب- الإحالة إلى دفاتر الشروط : (٣)

يقصد بدفاتر الشروط بأنها البنود التى تحددها جهة الإدارة ســـلفا بطريقـــة نمطية لفئات محددة من العقود المختلفة وتضمنها دفاتر تعد سلفا قبل التعاقد وتعتبـــر جزءا من العقد الإدارى فى حالة الإحالة إليها بالإضافة إلى شروط التعاقد الخاصـــة

---

(١)د. ثورية لعيونى المرجع السابق صـــ ٢٢١ .

(٢) راجع فى ذلك د./ محمد عبد الواحد الجميلى ، المرجع السابق صـــ ١٣٧ ، ١٣٨ ، د./ عمر حلمى – المرجع السابق صـــ ١٧٠ وما بعدها ، د. / ثورية لعيونى المرجع الـــسابق صـــــ ٢٢١ .

(٣) راجع فى ذلك أ.د/ سليمان محمد الطماوى ، المرجع السابق صـــ ٩٤ ، ٩٥ ، د./ محمد عبد الواحد الجميلى ، المرجع السابق صـــ ١٤٠ ،وما بعدها، د./ عمر حلمى – المرجع السابق صـــ ١٧٧ وما بعدها ، د. / ثورية لعيونى المرجع السابق صـــ ٢٢٦ .وما بعدها

التى يتم الاتفاق عليها بين جهة الإدارة والمتعاقد معها .

جـ- الشروط الخاصة بجعل الاختصاص فى المنازعات التى تنشأ عن العقد الإدارى للقضاء الإدارى ، وإن كانت تعتبر القواعد المنظمة لتحديد جهة الاختصاص القضائى من الأمور المتعلقة بالنظام العام إلا أن فائدة مثل هذه الشروط تكمن فى أنها تساعد فى تحديد طبيعة العقد .

٢- الشروط المرتبطة بالصالح العام :

هذه الشروط لها طابع إدارى لا يمكن فهمها إلا بالرجوع إلى اعتبارات الصالح العام، من هذه الشروط تلك التى تضمنتها عقود النقل المبرمة فى زمن الحرب وفقا لأوضاع تقتضيها اعتبارات الدفاع الوطنى فى فرنسا [(١)] كما تعد من قبيل هذه الشروط كذلك تلك التى تفرض التزامات على المتعاقد لصالح الجمهور[(٢)]. ويعد من قبيل الشروط الاستثنائية فكرة إخضاع العقد لنظام استثنائى ، ولكن يختلف كل منهما عن الآخر من ناحيتين : - [(٣)]

الأولى : ان اختيار الشروط الاستثنائية يرجع إلى إرادة المتعاقدين فى حين أن خضوع العقد لنظام استثنائى يفرض على المتعاقدين ، ولا دخل لإرادتهم فى اختياره .

الثانية : يستمد العقد طابعه الإدارى وفقا لمفهوم الشروط الاستثنائية من مضمون العقد ذاته ومحتواه بينما يستمد العقد طابعه الإدارى وفقا لمفهوم النظام الاستثنائى من المناخ العام الذى يحيط بالعقد . [(٤)]

---

(١) راجع فى ذلك د./ ثورية لعيونى ، المرجع السابق صـ ٢٢٣

(٢) د. / عمر حلمى ، المرجع السابق صـ ١٨٣

(٢) د./ عمر حلمى ، المرجع السابق صـ ١٨٣ ، ١٨٤

(٤) استخلص الفقه فكرة خضوع العقد لنظام استثنائى من حكم أصدره مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩ يناير ١٩٧٣ حيث اعترف مجلس الدولة الفرنسى بموجب هذا الحكم ، بالطابع الإدارى لعقد مبرم بين مؤسسة فرنسا للكهرباء ، وهى مؤسسة عامة صناعية وتجارية ، وبين مورد مستقل غير خاضع للتأمين ، وقد استند المجلس لإضفاء الطابع الإدارى على هذا العقد ، على

ويلاحظ أن معيار النظام الاستثنائى يختلف عن العقود الإدارية بتحديد القانون ، وذلك نظرا للدور الذى يقوم به القاضى فى معيار النظام الاستثنائى لمعرفة ما إذا كان معيارا كافيا يجعل العقد إداريا ، وبالتالى يظل هذا المعيار معيارا قضائيا (١) أما أسلوب تحديد طبيعة العقد بتحديد القانون فإن المشرع ينص صراحة على اعتبار بعض العقود إدارية بصرف النظر عن توافر الخصائص الذاتية التى تتميز بها هذه العقود من عدمها .

وأخيرا فإنه يجدر بنا الإشارة فى نطاق موضوع صور الشروط الاستثنائية أنها تخضع لسلطة القاضى عند فحصها وتقدير مدى كفايتها لصبغ العقد بالطابع الإدارى ، ولذلك يسمى معيار البنود غير المألوفة بالمعيار القضائى .

ويتبقى لدينا تساؤل حول أساس الأخذ بالشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإدارى.

يرجع أساس الأخذ بالشروط الاستثنائية كمعيار مميز له عن باقى التصرفات القانونية الأخرى إلى مصبين : أحدهما ينبع من ما يفرضه المشرع على إرادة المتعاقدين ويأتى ذلك بالإحالة عند إبرام العقد إلى اللوائح والقوانين التى تنظم ذلك ، مثل الإحالة عند إبرام عقود البيع والشراء إلى أحكام قانون المناقصات والمزايدات . أما المصب الثانى فهو ينبع من إرادة المتعاقدين التى قد تضفى بعض الشروط الاستثنائية عند إبرام العقد ، وفى كلتا الحالتين يصطبغ العقد بالطابع الإدارى .

الرغم من عدم وجود أى شروط استثنائية غير مألوفة فيه ، على النظام الاستثنائى الذى فرضه مرسوم صادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٥ على العقد - راجع فى تفصيل ذلك د./ منصور محمد أحمد - مفهوم العقد الإدارى وقواعد إبرامه - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ .

(١) د. ثورية لعيونى ، المرجع السابق صـ ٢٣٨ .

(ب) مدى كفاية الشروط الاستثنائية
كمعيار لتمييز العقد الإدارى

تمهيد :

ذكرنا فيما سبق أن معيار الشروط الاستثنائية كضابط لتمييز العقد الإدارى ذو أهمية بارزة لتحديد طبيعة العقد المبرم بين المتعاقدين بالإضافة إلـى أن هنـاك معيارين استقر عليهما قضاء مجلس الدولة الفرنسى لصبغ العقـد بالطـابع الإدارى كل منهما كاف بذاته لتحقيق هذا الهدف فهما متساويين ، وليس هناك معيار أساسى وآخر ذو صفة احتياطية .

إلا أنه ثار جدل فقهى حول مدى كفاية عنصر الشروط الاستثنائية لتحديـد معيار العقد الإدارى . فانقسم الفقه إلى اتجاهين :

فريق يؤيد معيار الشروط الاستثنائية وحده كمعيار لتحديد طبيعـة العقـد الإدارى ، وفريق آخر يرى عدم كفاية معيار الشروط الاستثنائية وحده لتمييز العقد الإدارى . ونعرض لكل اتجاه من الاتجاهين السابقين :

الاتجاه الأول :

أصحاب هذا الاتجاه هم أنصار معيار السلطة العامة فهـم يـرون كفايـة احتواء العقد على شروط استثنائية من القانون الخاص لطبع العقد بالصفة الإداريـة حتى ولو لم يتصل بمرفق عام فممارسة السلطة العامـة والتـى تمثـل الـشروط الاستثنائية هو المعيار المميز للعقد الإدارى .

من أنصار هذا الاتجاه العميد هوريـو الـذى يـرى أن المبـرر الوحيـد لاختصاص القضاء الإدارى هو وجود السلطة العامة فى العقد [1]

ويرى الأستاذ فيدل أن الشرط الاستثنائى هـو المعيـار الوحيـد الكـافى

(١) راجع تعليق الفقيه هوريو على حكم مجلس الدولة الصادر فى ١٩٢٧/٤/٨ فـى مجموعـة سيرى سنة ١٩٢٧ – ٣ – ٨٩ قضية Chemins de Fer algeriens المنشور فـى كتابـه القضاء الإدارى الجزء الأول صـ ٢٤٤ .

لإضفاء الصفة الإدارية على العقد إذ أنه ليس من الضرورى إجراء موازنـــة بـــين أهمية الشروط المألوفة وأهمية الشروط غير المألوفة فى العقد لاستخلاص طبيعتـــه الإدارية فوجود أحد الشروط غير المألوفة فى القانون الخاص يكون كافيا فـــى حـــد ذاته لإضفاء الطابع الإدارى على العقد (٢)

ويضيف إلى ذلك قوله أنه لا يمكن للمتعاقدين بعد إدراج شروط اســـتثنائية فى العقد أن ينص فيه على أنه مع ذلك يظل مدنيا .

ومن أنصار هذا الاتجاه أيضا الفقيه بوردو فهو يرى أن وجـــود الـــشروط الاستثنائية لا يعتبر كافيا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد فحسب ، بل أنه يجعـــل أى شرط آخر غير ذى فائدة ، وأن هذه القاعدة يترتب عليها عدم أهمية وجـــود أو عدم وجود فكرة المرفق العام فى العقد (٣)

ويرى الفقيه Amselek أن معيار الـــشروط الاســـتثنائية هـــو المعيـــار الأساسى للتعرف على طبيعة العقد وأن معيار موضوع العقـــد لـــيس إلا معيـــاراً احتياطيا (٤)

وفى مصر :

يؤيد جانب كبير من الفقه الاتجاه القائل بكفاية معيار الشروط الاســـتثنائية كمعيار لتمييز العقد الإدارى باعتبار هذا المعيار هو الذى يلفت انتباه القاضى أثنـــاء

---

(٢) راجع مقال فيدل عن الأسس الدستورية للقانون الإدارى منشور بمجلـــة مجلـــس الدولـــة (دراسات ووثائق سنة ١٩٥٤ ، صـــ ٤٦ ، ص، ٤٧ ، وكذلك مؤلفه مع الأستاذ دلفو لفيه فى القانون الإدارى طبعة عام ١٩٨٨ صـــ ٣٣٧ ومؤلفه فى القانون الإدارى سنة ١٩٦١ صـــ ٦٤٢ .

(٣) راجع بوردو مؤلفه فى المرفق العام ونطاق تطبيق القـــانون الإدارى محاضـــرات لقـــسم الدكتوراه بجامعة القاهرة سنة ١٩٥٤ ، سنة ١٩٥٥ ، وراجع كذلك شارل ديباش مؤلفة فـــى القانون الإدارى طبعة عام ١٩٧١ ص ٤ ، ص ٣٤٤ ، وراجع كذلك للفقيه ورينيه شـــابوس فى مؤلفه المسئولية العامة والمسئولية الخاصة طبعة عام ١٩٥٤ ص ١٠٩ .

(٤) راجع الفقيه " Amselek" فى مقاله
" La qualification des contrats de L, administration par la jurisprudence " A.J.D.A. ١٩٨٣. P. ٣.

البحث عن طبيعة العقد محل النزاع بالإضافة إلى ذلك أن معيار الشروط الاستثنائية يترتب عليه نتائج قانونية أولها امتيازات السلطة العامة المخولة لجهة الإدارة فى مجال العقود [1].

كما يرى الأستاذ الدكتور / ثروت بدوى أن ورود شرط استثنائى فى العقد يعد دليلا على اتجاه نية المتعاقدين إلى الأخذ بأسلوب القانون العام وهو ما يطلق عليه الأساس الشخصى للشرط الاستثنائى .

وهناك دور موضوعى للشروط الاستثنائية فإدراج الشرط الاستثنائى فى العقد من شأنه طبع العقد بالطابع الإدارى فهو بذاته يحدد الطبيعة الإدارية للعقد ولو أراد أطرافه فى الحقيقة إبرام عقد مدنى فإرادة المتعاقدين لا يمكنها أن تغير من طبيعة العقد التى يستمدها من شروط الذاتية .

وقد سار فى نفس الاتجاه الدكتور / أحمد عثمان عياد ويرى أن الشروط الاستثنائية هى المعيار الحقيقى لتمييز عقود الإدارة الإدارية عن عقودها المدنية فهذا المعيار يرتكز أساساً على فكرة السلطة العامة التى تعتبر الشروط الاستثنائية مظهرا من مظاهرها فى مجال العقود الإدارية [2] .

ويرى أستاذنا الدكتور / ماجد راغب الحلو " أنه ليس ثمة داع لاتصال العقد بالمرفق العام على أساس أن اشتراط أخذ الإدارة فى العقد بأساليب القانون العام يكاد يتضمنه ويغنى عنه فى معظم الأحوال إذ أن الإدارة غالبا ما لا تلجأ إلى وسائل القانون العام إلا عندما يتعلق الأمر بالمرافق العامة " [1].

---

(1) راجع دكتور ثروت بدوى " النظرية العامة فى العقود الإدارية سنة ١٩٦٣ ص ٨٣ ، ص ٨٤ وراجع كذلك رسالته الدكتوراه عن فعل الأمير فى العقود الإدارية طبعة عام ١٩٥٧ ص ١٧ وما بعدها ، وكذلك مقاله عن المعيار المميز للعقد الإدارى المنشور بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٥٧ .

(٢) راجع دكتور أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ص ٩٣ .

(١) راجع الأستاذ الدكتور / ماجد راغب الحلو " القانون الإدارى عام ١٩٧٧ ص ١٣٦

الاتجاه الثانى من الفقه يرى: عدم كفاية الشروط الاستثنائية لتمييز العقد الإدارى :

يرى أنصار هذا الاتجاه وجوب إضافة ضابط الشروط الاستثنائية كمعيـار لتمييز العقد الإدارى إلى جانب معيار اتصال العقد بالمرفق العام فيـرى الأسـتاذ / بيكينو أنه لا يكفى لاعتبار العقد إداريا أن يكون ذا صلة بالمرفق العام بل يجـب أن يتضمن شروطا استثنائية [٢]

ويرى الأستاذ/دى لوبادير أن فكرة تنظيم المرفق لأوضاع خارجـة عـن القانون الخاص، يمكن أن تطبع العقود التى يبرمها المرفق العام بالطابع الإدارى لا لأن له طبيعة خاصة وتنظيم خاص ، وإنما لأن العقـود الفرديـة التـى يتـضمنها تتضمن فى ذاتها شروطاً استثنائية تنعكس عليها من القواعد المنظمة للمرفق بـدلا من أن تكون لاتفاق حر بين الطرفين،[٣] ويطلق عليها هذا الفقيه تـسمية المعيـار المستمد من وجود عناصر استثنائية وهدفه من هذه التسمية هى اتساع هذا المعيـار لكى يشمل كافة الشروط الاستثنائية التى يحتويها العقد ذاته .

لأن العقد قد لا يتضمن شروطا استثنائية من القانون الخاص فـى جميـع الحالات يفهم الشروط الاستثنائية من النظر إلى طبيعة النظام القانونى الخاضع لـه العقد ، وقد استخلص الفقيه فكرة النظام الاستثنائى من حكم مجلس الدولة الفرنـسي فى قضية شركة الاستغلال الكهربائى لبحيرة " سانت " الصادر فـى ١٩٧٣/١/١٩ والذى اعترف فيه مجلس الدولة بالطابع الإدارى المبرم بين مؤسسة كهرباء فرنـسا E.D.F وهى مؤسسة عامة صناعية وتجارية وبين مورد مستغل الكهربـاء غيـر الخاضع للتأمين ، وذلك على الرغم من أن العقد لم يتـضمن فـى نـصوصه أيـة

---

(٢) راجع بيكينو " عقود الإدارة " ص ٢٤ ، ص ٢٥

(٣) راجع " دى لوبادير " العقود الإدارية ص ٧٤ ، ص ٧٥ ، وراجع كذلك تعليقه على حكمى " برتان " ، وجوندران " مجموعة دالوز سنة ١٩٥٦ ص ٤٣٣ ، وراجعت للفقيه جان ريفيـرو فى مؤلفه الموجز فى القانون الإدارى عام ١٩٧٠ ص ١٠٧ ، ومذكرته لطلبة القانون العـام بجامعة القاهرة سنة ١٩٦٤ – سنة ١٩٦٥ عن المشاكل المالية للعقـود الإداريـة ص ٤٢ . وجيز فى مؤلفه العقود الإدارية باريس سنة ١٩٢٧ الجزء الأول ص ٧ ، والفقيه فالين فـى مؤلفه القانون الإدارى ١٩٦٣ ص ٥٧٦ .

شروط استثنائية فى القانون الخاص اعتمادا على خضوع العقد لنظام قانونى استثنائى فرضه المرسوم الصادر فى ١٩٥٥/٥/٢٠ ، وبالنظر إلى الطابع الإجبارى فى إبرام العقد واختصاص الوزير بنظر المنازعات التى تنشأ بين الموردين ومؤسسة الكهرباء أثناء تنفيذ العقد (١) .

ويرى الأستاذ / " جاك جورجيل " أن الالتزام الإجبارى بالتعاقد فى مثل تلك الحالات السابقة الواردة فى الحكم المشار إليه تمثل أحد مظاهر السلطة العامة لأنه يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية المعروف فى القانون الخاص .

ويضر مثلا على ذلك بعقود التأمين الإجبارية فى زمن الحرب (٢)

ويرى الأستاذ الفقيه / " والين " أن معيار الشروط الاستثنائية لم يعد يمثل المرتبة التى كان يشغلها وأنه ليس إلا معياراً احتياطياً بالنسبة للمعيار المتعلق بموضوع العقد .

والفقه فى مصر يؤيد معظمه ضرورة اتصال العقد بتنظيم أو تيسير مرفق عام إلى جانب الأخذ بأسلوب القانون العام فى العقد ، وذلك باحتواء العقد على شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخاص لتمييز العقد الإدارى .

فيرى الأستاذ الدكتور / الطماوى إلى أن " جانبا من الفقهاء ذهبوا إلى إهدار شروط المرفق العام إكتفاء بمعيار أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص وأن العقد يصبح إدارياً بغض النظر عن علاقته بالمرفق العام كما ذهبت بعض الأحكام القضائية خطوة أبعد من ذلك فلم تكتف بتجاهل شرط المرفق العام ، وإنما ذكرت صراحة أن احتواء العقد الذى تبرمه الإدارة على شروط غير مألوفة يجعل هذا العقد إداريا ولو كان منبت الصلة بالمرفق العام ، وهذا الاتجاه من بعض الفقهاء والأحكام يكشف عن الظروف المعاصرة التى تحيط بفكرة المرفق العام كمعيار لتحديد مجال القانون الإدارى فهناك اتجاه يرمى فى

---

(١) A Delaubader F Moderne ‘ Delvolve T.C.A ٢e ed. T. ١ op cit . ١٥٩ et p. ٢١٠. Et j. Cveneziay Gaudement T.D.A ١٠٠ ed. T. ١. Op cit . p. ٦٠٤

(٢) J.Georgel . J.C.A. Fasc ٥٠٢. Op. Cit. No ٨٩

الوقت الحالى إلى إحياء فكرة السلطة العامة لتحل محل المرفق العام فـى تحديـد مجال تطبيق القواعد الإدارية ، ولكن وضع السلطة العامة موضع المرفق العام فى تحديد مجال القانون الإدارى هو وقوف عند الوسيلة دون الاهتمام بالغاية ، ونـرى أنه من المصلحة أن نفرق بين الشرطين وهما الشروط غير المألوفة وصـلة العقـد بالمرفق العام مع التوسع فى معنى المرفق العام لأن وسائل القانون العام المنطوية على عنصر السلطة إنما تقررت نزولا على مقتضيات سير المرافق العامة [1]

ونحن نرى أن معيار الشروط الاستثنائية كضابط من ضوابط معيار تمييز العقد الإدارى لا يكفى منفرداً فى إصباغ العقد الطابع الإدارى فلابد مـن اتـصال العقد المبرم بتنظيم المرفق العام أو تسييره لأن العقود الإدارية شرعت مـن أجـل تحقيق هذا الهدف وأن فى الاقتصار على الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقـد الإدارى هو معيار مبتورا ليس من الإلزام على إرادة المتعاقدين أن يتضمن عقدهما شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص لكى يصطبغ العقد المبرم بالطـابع الإدارى فطبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فللمتعاقدين الاتفاق على ما يشاءون من شـروط طالما أنها متفقة مع مبادئ القانون المنظم للعملية التعاقدية.

وبمعنى آخر فمن الممكن أن يبرم العقد بين المتعاقدين ويصبح عقدا إدارياً دون أن يتضمن شروطاً غير مألوفة فى القانون الخاص ، ولكن لا يمكن وصـف العقد المبرم بأنه عقدا إدارياً دون أن يكون متصلاً بالمرفق العام من حيث تنظيمـه وتسييره .

---

١) راجع دكتور سليمان الطماوى – العقود الإدارية ص ٩٠ وما بعدها .

المطلب الخامس

تقييم معيار تمييز العقد الإدارى متضمنا أهم الملاحظات التى شملت كل ضابط منه

يظهر جلياً من خلال بحثنا عن معيار تمييز العقد الإدارى أنــه يــستحيل الاستناد على معيار واحد لانطباع العقد بالطابع الإدارى .

وهذه الاستحالة ولدت منذ البداية حيث نرى أن المعيارين المميزين للعقــد الإدارى كانا هما تسيير المرفق العام والشكل الإدارى للعقد .

إلا أن المعيار الشكلى وحده لا يجدى فى وصف العقد بالسمة الإداريــة ، وأصبح لمعيار تسيير أو إنجاز المرفق العام الغلبة وأول حكم طبق فيه هذا المعيــار هو حكم TERRIER فى ١٩٠٣/٢/٤ وقد تطور معيار تسيير المرفق العام إلــى نطاق أوسع وهو نطاق المساهمة فى تسيير المرفق العام .

وفى سنة ١٩١٠ حتى عام ١٩٥٦ ظهر معيار البنود غير المألوفة والتردد بينه وبين معيار المرفق العام وبدأت هذه المرحلة بحكم مجلس الدولة الفرنسى فــى قضية THEROND الصادر فى ٤ من مارس سنة ١٩١٠ والــذى اســتبعد كــل احتمال اتباع أساليب القانون الخاص فى عقود الإدارة [١]

ثم فى سنة ١٩١٢ أصدر المجلس حكمه فى قضية شركة الجرانيــت فــى ١٩١٢/٧/١٣ حيث سيطرت فكرة البنود غير المألوف على تقرير مفوض الحكومة Leon BLUM وبعد هذا الحكم أصبح معيار البنود غير المألوفة هــو المعيــار الذى يمكن الاعتماد عليه كمعيار لتمييز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص.

وفى سنة ١٩٥٦ سيطرت فكرة المرفق العام على معيــار العقــد الإدارى وتقهقرت فكرة البنود غير المألوفة وظهرت بثوب جديد هو فكــرة النظــام غيــر المألوف لبعض عقود الإدارة. ونلمس ذلك منذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنــسى فى قضية BERTIN فى ١٩٥٦/٤/١٢ وفى الحكم أصبح معيار المرفــق العــام

---

(١) T.C.C.E ٤ Mars ١٩١٠. S. ١٩١١,٣,١٧ Concl. Pichat.

كافيا بمفرده كمعيار لتمييز العقد الإدارى .

ويعلق الفقيه لوبادير على هذا الحكم أنه أخذ بمعيار البنود غيـر المألوفـة كمعيار ثانوى أو تكميلى وذلك بأنه اصبح يحتل المكانة الثانية بعد معيـار المرفـق العام [1] . ثم ظهرت فكرة النظام غير المألوف للعقود الإدارية فى عام ١٩٧٣ فـى قضية شركة استغلال الكهرباء فى ١٩٧٣/١/١٩ .

ste d' exploitation electri que de la Riviere du sant

وجوهر النظام غير المألوف هو أن العقد يعد عقدا إداريا بمجـرد إبـرام الأطراف لأحد العقود التى تضع لها القوانين واللوائح نظاما محددا يتضمن أحكامـا غير المألوفة بالنسبة لعقود القانون الخاص .

وتعتبر فكرة النظام غير المألوف مرحلة من مراحل تطور معيـار البنـود غير المألوفة. ويلاحظ أن ظهور فكرة النظام غير المألوف لا يلغى جور معيارى المرفق العام والبنود غير المألوفة فما زال لكل منه دوره فى تمييز العقد الإدارى .

أما فى مصر فلم نلمس مثل التطور الذى حصل فى فرنسا بشأن موضوع معيار تمييز العقد الإدارى .

فالقضاء المصرى مستقر على ضرورة تـوافر محـورى التعاقـد وهمـا المرفق العام والبنود غير المألوفة إلى جانب الشرط المفترض المتعلـق بـضرورة وجود شخص من أشخاص القانون العام كأحد أطراف العقد على الأقل .

وهكذا وجدنا أنه من الصعوبة الاستقرار على معيار واحد لتمييـز العقـد الإدارى سواء فى فرنسا أو فى مصر .

وإزاء ذلك تردد القضاء فى كل من البلدين بين معيار المرفق العام ومعيار البنود غير المألوفة وفكرة النظام غير المألوف .

فقد سبق المثال على ذلك ببعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة أخـذ فى بعض القضايا بمعيارى المرفق العام والبنود غير المألوفة حتى يمكـن وصـف

---

(١) A DE LAUBADERE op. Cit. No ٥٧٦ – B. p ٣٥٠ et p. ٣٥١.

العقد بالصفة الإدارية ، وفى بعض القضايا كان يكتفى بمعيار المرفق العام بمفرده لتحديد صفة العقد ، وفى بعض القضايا الأخرى كان يكتفى بمعيار البنود غير المألوفة بمفرده لبيان حقيقة العقد (١) .

بالإضافة إلى ما تقدم فإن تعدد المعايير يسبب مشكلات كثيرة أولها صعوبة وضع معيار يميز بين هذه المعايير عند الأخذ بها لتطبيقها كل على حدة .

فإذا تناولنا فكرة الظروف الخاصة بتشغيل المرفق العام فإننا نجد أنها تتناول تطبيقات كثيرة فى عقود التأمين البحرى ضد مخاطر الحرب ، وكذلك عقود الإمداد والتموين فى وقت الحرب .

فمجال تطبيق هذه الفكرة يستند أساساً على فكرة العلاقة التى تختلف عن روابط القانون الخاص مثل فكرة الشروط غير المألوفة فى القانون المدنى .

وانعكس ذلك على القضاء فنرى هناك أكثر من اتجاه للقضاء فى نطاق واحد فالعقود التى تبرمها المرافق العامة للتأمين ضد الحرب تعد عقود قانون خاص (٢) ولكن أحكاما أخرى اعتبرتها عقودا إدارية . (١) واستقر القضاء أخيراً على اعتبارها عقوداً من عقود القانون الخاص دون أن يصحب ذلك أى تعديل فى نظامها القانونى . (٢)

وكذلك الأمر بالنسبة لمعيار الشروط الاستثنائية فإنه يثير الكثير من التفسيرات حول المصطلحات التى يشملها لبيان معناها بدقة مثل الشروط غير المشروعة والشروط غير المألوفة والشروط غير المعتادة والشروط المستحيلة .

---

(١) لمراجعة هذه الأحكام تجدها فى البحث الخاص بمعيار المرفق العام والمبحث الخاص بالبنود غير المألوفة ، ويلاحظ أن معيار تميز العقد الإدارى قد تطور فى مصر بشأن تطبيق هذا المعيار الثلاثى على العقود التى تبرمها الهيئات والإدارات المختلفة ذات الطبيعة المتنوعة.

(٢) C.E. ٢٨ Des. ١٩٢١ Ste generale d'armement R.D.P. ١١ cite

(١) C.E. ٢٣ Mai ١٩٢٤ Ste les Affreteure Reunis Concl. Rivet S. ١٩٢٦ . ٣,١٠ (Vois J. la marque)

(٢) T.C ٢٢ Fevrier ١٩٦٠ per tonaphie AJDA. ١٩٦٠p. ١٠٢. N ٧٨ (Vois. J. la mar que) lesdifficultes presenntes et les persp ectives d'avenir de la distinction entre les contrats de droit privse AJDA. Mars ١٩٦١. P. ١٢٦.

وهكذا وضحنا للقارئ خلاصة سريعة حول أهم المشكلات التي يثيرها معيار تمييز العقد الإدارى وذكرنا مراحل تطوره فى فرنسا باستفاضة بخلاف الحال فى مصر فلم نلمس مراحل تطور واضحة لهذا المعيار كما رأيناه فى فرنسا.

والآن نوضح أهم أوجه النقد التى توجه إلى كل معيار من هذه المعايير :

أولا : بالنسبة لمعيار الشخص العام :

بينا فيما سبق أن وجود الشخص العام كأحد طرفى التعاقد فى العقد الإدارى هو شرط مفترض فالعقد لا يكون إداريا إلا إذا كان أحد طرفيه على الأقل شخصا عاما .

وحينما نقول إن وجود الشخص العام فى العقد الإدارى هو شرط مفترض فهذا يجعلنا نبرز نقطة جوهرية فى هذا النطاق وهى أنه لا يمكن اعتبار وجود الشخص العام فى العقد الإدارى معياراً لتمييز العقد الإدارى .

ومن هنا يمكننا القول أن وجود الشخص العام فى العقد يعتبر نقطة البداية التى من خلالها نستطيع أن نكشف عن الطبيعة القانونية للعقد محل البحث .

وتصديقاً لصحة ما سبق ذكره نقول أن الإدارة بوصفها الشخص العام فى العقد تستطيع أن تبرم عقودا إدارية وعقود قانون خاص رغم أن الشخص العام متواجد فى كل من نوعى العقود سالفة الذكر .

وبالتالى فإن شرط وجود أحد أشخاص القانون العام فى العقد لكى نصفه بالصفة الإدارية هو معيار يشوبه عدم الحتمية فى تمييز العقد الإدارى لوجود حالات استثنائية تتمثل فى وجود بعض العقود التى يمكن أن تبرم بواسطة ممثل أو وكيل عن الشخص العام ولو كانت تتعلق بإدارة واستغلال الدومين الخاص أو التصرف فيها .

وكذلك الأمر فى عقود القانون الخاص فمن الممكن إبرام هذه العقود بين الأفراد لحساب وباسم أحد أشخاص القانون العام . Au nom et pour le compte.

بالنسبة لمعيار المرفق العام :

١- يعد ظهور المرافق ذات الطبيعة التجارية والصناعية نقطة ضعف فى معيار المرفق العام – حيث تعمل هذه المرافق بذات الأساليب التى يتبعها الأفراد عند إبرام عقود القانون الخاص ، وترتب على ذلك أن أسند الاختصاص فى المنازعات التى تنشب عن هذه المرافق إلى القضاء المدنى .

٢- اعتماد الصفة الإدارية للعقد على معيار المرفق العام يشكل فكرة معقدة حيث تحتوى هذه الفكرة على عنصرين فى وقت واحد **الأول** : – قيام المتعاقد بتسيير المرفق العام نفسه **والثانى** : – كون العقد وسيلة لتنفيذ المرفق نفسه ، والعنصران السابقان متضادان ومن المنطقى أن يطبق معيار التمييز بين نوعى العقود بأسلوب واحد .

٣- صعوبة تحديد معنى المساهمة فى تسيير المرفق العام نفسه .

وثارت المناقشات الفقهية حول تحديد المعنى الإصطلاحى الصحيح لهذه الصياغة ونجد تطبيقاً لهذه التساؤلات فى الدعوى الخاصة بعقود هيئة الكهرباء E.D.F مع منتجى الكهرباء فهل تعتبر هذه العقود مساهمة فى تسيير المرفق العام نفسه أم لا ؟

خاصة أن إنتاج الكهرباء يعد جزءا هاما من مهمة المرفق العام وقد فشلت جهود الفقه فى تحديد معنى المساهمة فى إنجاز أو القيام بالمرفق العام حيث تحتوى هذه الفكرة على معنيين وهما :

المعنى الأول :

ويتمثل فى الصياغة التى جاء بها حكم برتان وهى صيغة مناطها تنفيذ أو تسيير المرفق العام بالطرف الآخر فى العقد .

المعنى الثانى :

ويتمل فى صيغة حكم Grimouard وهى الخاصة باعتبار العقد إحدى وسائل تسيير وإنجاز المرفق العام نفسه ، وهما صياغتان غير متطابقتين تماماً .

بالنسبة للمعيار الخاص باحتواء العقد على شروط غير مألوفة فى القانون الخاص :

١- سبق أن تناولنا فى نقطة البحث الخاصة بمدى كفاية هذا المعيار فى تحديد الصفة الإدارية للعقد أنه معيار جامع غير مانع ولا يجدى بمفرده فى تمييز العقد الإدارى بل لابد أن يصاحبه معيار آخر هو أن يتصل العقد بتنظيم المرفق العام أو تسيره فمجرد تضمين العقد بنودا غير مألوفة فى القانون الخاص دون توافر المعياريين الآخرين لا يصبغ العقد بالصفة الإدارية حيث لا يوجد ما يمنع أن يتضمن عقد خاص بنوداً غير مألوفة فى القانون الخاص ما دامت لا تتعارض مع النظام العام أو الآداب .

٢- ضعف معيار الشروط غير المألوفة لأن هذه الشروط قد تعد غير مألوفة فى القانون الخاص ثم تتغير النظرة إليها فعلى سبيل المثال فكرة عدم المساواة القانونية بين جهة الإدارة والمتعاقد معها إذا كانت معلومة فى القانون العام فهى كذلك معروفة فى القانون الخاص وبصفة خاصة تطبق فى عقود الإذعان [1] إذن فليس هناك مانع من ظهور شروط استثنائية فى عقود الأفراد .

٣- يثار هناك تساؤل عمنَ يحدد السمة غير المألوفة للشرط المدرج فى العقود ؟

لا شك فى أن تكون الإجابة على هذا التساؤل بأنه القانون هو الذى يحدد هذه السمة وعند التطبيق نجد هناك فرضين :

الفرض الأول :

ممارسة امتيازات سلطة عامة لا يملك أفراد القانون الخاص النص عليها فى عقودهم.

الفرض الثانى :

هو أن منح الإدارة امتيازات تعد غير مشروعة ومخالفة للنظام العام إذا نص عليها فى عقود الأفراد .

اعتماد الشروط غير المألوفة على تقدير شخص للقاضى ولا تعتمد على تقدير موضوعى أى أن القاضى يقدر مدى مشروعية الشرط بالنظر إلى نية الإدارة

---

(١) يراجع هذا المعنى تقرير المفوض لونج فى قضية Ste Gondrand

والبواعث التى وراء تصرفها ولا ينظر إلى مضمون الشرط .

ومن خلال ما تقدم يستطيع القاضى أن يـصل إلـى التكييـف القـانونى الصحيح للعقد محل المنازعة ، وله سلطات واسعة فى ذلك .

والقضاء فى كل من فرنسا ومصر يسير على هذا النهج فقد اتضح لنا مـن الإطلاع على كافة الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا ومحكمـة القـضاء الإدارى ، وكذلك فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع أنـه لا توجـد أحكام تقرر الصفة الإدارية للعقد إذا توافر أحد معـايير العقـد الإدارى دون بـاقى المعايير فهو لا يأخذ بالمعيار التبادلى كما هو متبع فى فرنسا بل لابد من اجتمـاع كل شروط العقد الإدارى .

وخلاصة القول :

أننا يجب ألا نتمسك بمعيار محدد للعقد الإدارى بل أنه من الدقة فى القول أن هناك عناصر أو علامات للعقد الإدارى على القاضـى التمـسك بهـا لتحديـد الطبيعة القانونية الصحيحة للعقد .

وتصديقا لذلك القول يرى الفقيه TRUCHET أننا لم نعد نستطيع الكـلام عن معيار للعقد الإدارى طالما أن طرق التكييف متباينـة بـل ومتنـافرة ، وإنمـا بالأحرى والأوفق أن نتكلم عن علامات العقد الإدارى [1]

ولما كانت الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية فى مصر تتجه إلـى تبنى سياسة اقتصادية جديدة وهى الخصخصة والتى مقتضاها تخفيف العبء عـن كاهل الدولة وذلك برفع أيديها عن كثير من الأنشطة التى كانت تدخل فـى صـميم عمل الدولة ، وإسناد هذه الأنشطة إلى هيئات خاصة وهذه السياسة " الخصخصة " تزداد يوما بعد يوم لذلك كان لابد من تطور القـانون بحيـث يـتلاءم مـع هـذه التطورات ، وتحديد كيفية التعامل معها .

وإذا كان ذلك من شأنه أن يوسع من اختصاص القضاء الإدارى فإن الأمر

---

(1) Vios. D. Truchet. Op. Cit. P. ١٣

قد يحتاج إلى توسيع قاعدة القضاء الإدارى بحيث يشمل كافة المنازعات التى يمكن أن تنشأ نتيجة الخصخصة استجابة للتطورات المتوقعة حدوثها فى هذا الصدد .

وإنه وإن كانت ضوابط تمييز العقد الإدارى تشكل الأساسى فـــى التمييـــز بين نوعى العقود التى تبرمها جهة الإدارة إلا أننا نفضل عدم التقيد بمعايير جامـــدة فى تحديد طبيعة العقد الإدارى حيث إن القانون الإدارى بطبيعته قانون مرن غيـــر مقنن ويعز على التقنين .

أيا كان الأمر فنحن نفضل إصطلاح عناصر العقد الإدارى وصفاته بـــدلا من القول بمعايير تمييز العقد الإدارى وهذه العناصر تتركز فى ثلاثة وهى :-

الإدارة طرفا فى العقد ، وأن يتصل العقد بتنظيم وتسيير مرفق عام ، وأن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخـــاص . ويمثـــل معيـــار الشروط الاستثنائية هو الأساس فى تمييز العقد الإدارى ، ســـواء اتـــسمت هـــذه الشروط بطابع السلطة العامة أو بأنها شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخـــاص وما تتضمنه من عناصر السلطة العامة وامتيازاتها ، فالسلطة العامة هى الأســـاس المميز للعقد الإدارى والتى تقوم عليه أصوله وقواعده ، ويعتبر العنصران الآخران ما هما إلا تطبيق لها فى مجال العقود الإدارية .

وتطبيقا لما تقدم فقد نصت المحكمة الإدارية العليا " أن العقد يعتبر أداريـــا إذا كان احد طرفيه شخصا معنويا عاما ، ومتصلا نشاطه بمرفق عام ، ومتـــضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص وان الإدارة حينما تبـــرم عقـــدا مـــن العقود لا يعد بذاته عقدا أداريا حيث أن العقود التي تبرمها كشخص من أشـــخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنـــشاطها فـــي إدارة المرافـــق العامـــة وتسييرها ليست سواء فمنها ما يعد أداريا تأخذ فيها الإدارة بوسائل القـــانون العـــام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات يلتزم بها المتعاقد معها ، وقـــد تتـــزل منزلة الأفراد في تعاقدهم فتبرم عقـــودا مدنيـــة تـــستعين فيهـــا بوســـائل القـــانون الخاص[1].

---

(١) الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٩٧/١/٢ دائرة توحيد المبادئ .

الباب الأول

ولاية القضاء الإداري
تجاه منازعات العقود الإدارية

الباب الأول

ولاية القضاء الإداري تجاه منازعات العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم:

لم تعد مشكلة ولاية القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية[1] محل خلاف بعد أن أفصح المشرع صراحة علي انفراد القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ولما كان النظام القضائي لمجلس الدولة يتخذ مظهرين أصليين هما قضاء الإلغاء (القضاء العيني) والقضاء الكامل (القضاء الشخصي) [2]، فقد أصبح من الضرورة أن نحدد نوعية ولاية القضاء الإداري تجاه منازعات العقود الإدارية وما إذا كانت تنتمي إلي قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل.

ومن المسلم به أن هناك اختلافات جوهرية بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل من جانب سلطات القاضي في الدعوتين، ومن جانب شروط تحريك الدعوى ومواعيدها وصاحب المصلحة فيها.

فالقضاء العيني (قضاء الإلغاء) يستهدف إعدام القرارات الإدارية المشوبة بعيب عدم المشروعية دون أن يتعدي إلي بيان المركز القانوني للطاعن، ومن هنا فدور قاضي الإلغاء يقتصر علي أحد أمرين: اما أن يقضي برفض الدعوى إذا ثبت له عدم صحة الإدعاء وسلامة القرار المطعون فيه، وإما أن يقضي بإلغاء القرار

---

(١) يقصد بمصطلح منازعات العقود الإدارية هي كافة المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري في ذاته، سواء تعلقت المنازعة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو لإلغائه أو فسخه، ويدخل في ذلك حقوق المتعاقد في اقتضاء التعويض من الإدارة عندما تخل بالتزاماتها قبله وكذلك عند توافر شروط نظريات الصعوبات المادية ونظرية الظروف الطارئة وكذا نظرية فعل الأمير.

(٢) تتخذ الدعاوي القضائية التي تنظر أمام مجلس الدولة الفرنسي بالإضافة إلي قضاء الإلغاء والقضاء الكامل مظهرين آخرين هما قضاء التفسير وفحص المشروعية وقضاء الزجر والعقاب- يراجع في تفصيل ذلك م. د/ مصطفي أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة ١٩٧٩- ص ٢١٧، وكذا بحثه في طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة مجلة الحقوق السنة السادسة العددين ٣ / ٤ ص ١٧٣، وكذلك د./ محمد كامل ليلة: الرقابة علي أعمال الإدارة- دار الفكر العربي ١٩٧٩ ص ٢٠٨.

المطعون فيه إذا ثبت إصابة القرار بأحد أوجه الإلغاء. ويلاحظ أن حجية الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري يسري في مواجهة الكافة كقاعدة عامة[1].

أما دعوى القضاء الكامل (القضاء الشخصي) فهي خصومة يقيمها أحد الأفراد ضد الإدارة بطلب الحكم بتقرير حق شخص له تنازعه فيه الإدارة بشأن التزاماته وحقوق التعاقدية علي سبيل المثال، في هذه الحالة يقوم القاضي بالتحقق من مدى صحة دعواه من الناحية القانونية والواقعية فإذا ثبت له أن تصرف الإدارة علي غير أساس من القانون أو الواقع قضي بعدم مشروعيته ورتب علي ذلك كافة الآثار القانونية الإيجابية والسلبية وهنا يتمتع القاضي بسلطات واسعة حسبما يتفق وطبيعة النزاع المعروض فيقوم بتقرير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى ثم يحدد بعد ذلك حقوق المدعي ويلزم المدعي عليه بتنفيذها.

ومن جانب آخر تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى القضاء الكامل من زوايا موضوعية وإجرائية عديدة فبينما يشترط المشرع لقبول دعوى الإلغاء أن يكون محل الطعن فيها هو قرار إداري بينما تتسع دعوى القضاء الكامل للطعون في القرارات الإدارية والعقود الإدارية وكذلك أعمال الإدارة المادية وكذلك يشترط لرفع دعوى القضاء الكامل أن يستند رافعها إلي حق شخص اعتدت عليه الإدارة أو مهدد بالاعتداء عليه، لذلك سمي هذا القضاء بالقضاء الشخصي وأخيرا تتقيد دعوى الإلغاء بمواعيد معينة (ستون يوما في مصر) (وشهران في فرنسا من تاريخ نشر القرار أو إعلانه) بينما في دعوى القضاء الكامل لا تتقيد بهذه المواعيد حيث يسقط الحق في إقامتها بتقادم الحقوق محل المطالبة وفقا للمدة التي يحددها المشرع[2].

---

(١) راجع في ذلك د./ عبد الحميد حشيش- القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة- مجلة مصر المعاصرة السنة ٦٦ العدد ٣٦٢- أكتوبر ١٩٧٥ والعدد ٣٦٣ يناير ١٩٧٦، ود./ فؤاد العطاء: القضاء الإداري- ١٩٧٦ ص: ٣٦٩، د./ سليمان الطماوي قضاء الإلغاء ص ٣١٣- ص ٣٩٦.

(٢) راجع في تفصيل ذلك د./ سليمان الطماوي- قضاء الإلغاء ص ٣٢١ وما بعدها د./ فؤاد العطاء: المرجع السابق ص ٦٩٣، د. كامل ليلة: المرجع السابق.

وأثر هذا الاختلاف البين بين الدعويين (دعوى الإلغاء ودعــوى القــضاء الكامل فقد أصبح من الضروري أن نحــدد ولايــة القــضاء الإداري فــي مجــال منازعات العقود الإدارية.

. القاعدة العامة أن دعوى العقود الإدارية تــدخل أساســا فــي اختــصاص القضاء الكامل وقد تقررت هذا القاعدة نتيجة لما استخلصه الفقه من العبارات التــي صيغت بها النصوص المنظمة لاختصاص مجلس الدولــة فــي مــصر وفرنــسا بالإضافة إلي تناسب الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإداريــة ودعــوى القــضاء الكامل.

ويجدر بنا أن نبــين أن معيــار العقــد الإداري والاختــصاص بنظــر المنازعات الخاصة به يعتبر فرع من أصل ويقصد بالأصل في هذا المجــال هــو تحديد اختصاص القضاء الإداري في مواجهة القضاء العادي.

فبداية يجب أن نعلم أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحــد، ومن هنا فمنازعات العقود الإدارية لا تدخل في اختصاص جهة قــضائية واحــدة، وذلك في الدول الآخذة بنظام القضاء الإداري، ولما كان نظام القضاء الإداري فــي الوقت الحاضر يقوم علي أساس التخصص فإن من المسلم به أن نظريــة القــانون الواجب التطبيق هي الفيصل في تحديد الاختصاص بمعني إذا كانت هناك منازعــة متعلقة بعقود الإدارة الخاصة يكون الاختصاص بجهة القضاء العادي بينما يكــون الاختصاص للقضاء الإداري إذا كانت المنازعة تتعلق بالعقد الإداري علي نحو مــا سبق ذكره.

ونظرا لاختلاف ظروف إنشاء واختصاص مجلس الدولة الفرنــسي عــن مجلس الدولة المصري بصدد الاختصاص بالنظر في المنازعات الخاصة بــالعقود الإدارية فسوف نبين في نقطة أولى تطور اختصاص القــضاء الإداري الفرنــسي بالنظر في منازعات العقود الإدارية وفي نقطة ثانية نتنــاول تطــور اختــصاص مجلس الدولة المصري بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية.

أولا: تطور اختصاص القضاء الإداري الفرنسي بالنظر في منازعات العقود الإدارية

يلاحظ بداية أن معيار العقد الإداري والاختصاص بالنظر في المنازعات الخاصة به هو فرع من الموضوع الأصلي الخاص بتحديد اختصاص القضاء الإداري في مواجهة القضاء العادي.

وقد طرحت هذه المشكلة في إطار ما عرف في فرنسا بمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية، ذلك المبدأ الذي يحظر علي المحاكم العادية التعرض لمنازعات الإدارية[١]. وهذا يدخل في إطار مبدأ الفصل بين السلطات لا في إطار تحديد اختصاص هيئتين قضائيتين تتبعان سلطة واحدة هي السلطة القضائية فحتى السنة الثامنة للثورة كانت الإدارة هي التي تحسم المنازعات الخاصة بها وهو ما عرف تاريخيا باسم الإدارة القضائية، وفي بداية السنة الثامنة بدأ مجلس الدولة الفرنسي ومجالس المحافظات ممارسة القضاء الإداري، وبالتالي نشأ في قلب الإدارة فصل جديد بين نوعين من الوظائف الإدارية والوظيفية القضائية، وهو أن يتعين التمييز بينه وبين مبدأ الفصل بين السلطات لأنه يتعلق بتقسيم العمل داخل السلطة التنفيذية[٢].

وقد تزاحمت المعايير بشأن توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري مثل معيار السلطة ومعيار الدولة المدنية، ومعيار الإدارة العامة. وحينما نتناول تطور اختصاص القضاء الإداري الفرنسي بصدد المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية بصفة خاصة فنجد أن الفقه الفرنسي استند إلى التنظيم القديم لمجلس الدولة قبل مرسوم ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ والذي جعل مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية حيث خصته المادة التاسعة من قانون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ بالفصل في طلبات الإلغاء المقدمة ضد قرارات مختلف

---

(١) راجع فيدل ودلفوفيه، المرجع السابق ص ١١٥.

(٢) لمزيد من التفصيل راجع أ. د/ مصطفي عبد المقصود سليم- معيار العقد الإداري وأثره علي اختصاص مجلس الدولة سنة ١٩٩٥ ص ٣٤ وما بعدها.

السلطات بينما أناط المشرع بمجالي المديريات الاختصاص بمنازعات معظم العقود الإدارية.. وقد استخلص الفقه من هذا التقسيم انتماء منازعات العقود الإدارية إلـــي دعاوي القضاء الكامل طالما أنه لا يختص بها مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في دعاوي الإلغاء[1] إلا أن هذه الحجة فقدت مصداقيتها بعد التطورات التـــشريعية المتعاقبة علي اختصاص المحاكم الإدارية التي حلت محل مجالس المديريات: فلـــم يعد المجلس من ناحية صاحب الولاية العامة في دعاوي الإلغاء، وإنمـــا أصـــبحت المحاكم الإدارية بمرسوم ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٣ صاحبته الولايـــة العامـــة بكافـــة المنازعات الإدارية إلغاء أو تعويضا وأصبح مجلس الدولة بعـــد صـــدور مرســـوم ٦٣/ ٧٦٨ الصادرين فـــي ٣ يوليـــو ١٣/١٩٦٣ يونيـــة ســـنة ١٩٦٦ صـــاحب اختصاص محدد في القانون علي سبيل الحصر.

كما استند الفقه إلي اتفاق طبيعة منازعات العقـــود مـــع الطبيعـــة الذاتيـــة للقضاء الكامل لكونها دعوى تستهدف حماية الحقوق الشخـــصية التـــي يـــستمدها الطاعن من أحد المراكز القانونية الذاتية التي تتولد له عن العقد[2] وقد ترتب علـــي هجر القضاء الإداري الفرنسي لمعيار السلطة العامة والأخذ بمعيار المرفـــق العـــام بدلا منه أن أصبحت نظرية العقود الإدارية بتحديد القانون محل نظر، وأصبحت لا تتواءم مع الأفكار التي يقوم عليها القانون الإداري الحديث.

كما لاحظ الفقه أن هذه العقود تندرج في أحد طوائف ثلاثة:

أ- عقد الأشغال العامة، وعقد الامتياز يعتبران دائما ووفقا لطبيعتهما الذاتية عقـــودا إدارية وهما يدخلان في اختصاص القضاء الإداري سواء نص المشرع علـــي ذلك أم لا.

ب- توجد بعض أنواع من العقود الإدارية تتراوح طبيعتها بين الطبيعـــة الإداريـــة وبين اعتبارها من عقود القانون الخاص وفقا للمعيار القضائي، وذلك بحـــسب

---

(١) يراجع تفصيلا في ذلك: د./ عبد الحميد حشيش: المرجع السابق ٥٠٦ وكذلك للفقيه الوبادير - العقود ص ٣، ص ٢٩٦.

(٢) د./ عبد الحميد حشيش: المرجع السابق ص ٥١٠.

الأحوال التي يتواجد فيها العقد وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي علـــي ألا يمتد اختصاصه إلي هذه العقود ما لم يكن العقد إداريا بطبيعته.

ج- أما الطائفة الثالثة فنظم العقود التي تعتبر وبصفة دائمـــة مـــن عقـــود القـــانون الخاص مثل المنازعات المتعلقة بعقود بيع أملاك الدولة العقارية وقـــد شـــمل اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بهذه العقود إلي حد كبير، ويرجـــع أســـاس اختصاصه بمنازعات هذه العقود إلي أسباب تاريخية وسياسية واجتماعية.

يستفاد مما تقدم أن المشرع الفرنسي نص علي اختصاص جهتي القضاء (العادي والإداري بالنظر في منازعات العقد الإدارية بنوعيها العقود الإدارية بتحديد القانون والعقود الإدارية بطبيعتها، ولا مقابل لهذه التفرقة في مصر كما سوف نري في الصفحات التالية:

وأخيرا فقد استقر القضاء الإداري في فرنسا علي أن منازعـــات العقـــود الإدارية تنتمي أساسا إلي القضاء الكامل حيث تدور المنازعة غالبا حول تفـــسير أو تنفيذ الاشتراطات الناتجة عن العقد، ومع ذلك فإن القرارات الإدارية التي تسهم في تكوين العقد وتمهد له يمكن الطعن فيها بالإلغاء طالما أن مرجع الطعـــن لا يـــستند إلي أحد بنود العقد بل يستند مباشرة إلي مخالفة القوانين واللوائح[1].

ثانيا: تطور معيار اختصاص مجلس الدولة المصري بالنظر في منازعات العقود الإدارية

قبل إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ لم يكن هناك في مـــصر قـــضاء إداري تخصصي، وكان من الطبيعي أن تطبق علي المنازعات الخاصة بـــالعقود الإداريـــة القواعد المقررة في التشريعات الخاصة، وهذا ما صار عليه القضاء العادي في مصر.

ونجد هذا المسلك واضح في رفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة الـــذي أقرها مجلس الدولة الفرنسي علي منازعات العقود الإدارية، وكان رفض القـــضاء

---

(١) راجع في تفصيل ذلك د./ عمر حلمي طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقـــود الإدارية- ١٩٩٣ دار النهضة العربية ص ٢٥ وما بعدها.

المختلط والأهلي في مصر علي السواء في الأخذ بالنظرية سالفة الذكر مبنيا علـــي عدم قدرة القضاء علي التعدي علي اختصاص، الإدارة وإنمـــا دور القـــضاء كـــان قاصرا علي تفسير الاتفاقات المبرمة بقصد العمـــل علـــي احترمهـــا دون تعـــديل شروطها.

وأخذ يتطور القضاء المصري حتى عرف العقود الإدارية بتحديد القـــانون في هذه المرحلة، وذلك في حالة تدخل المشرع في بعض الحالات لتمييـــز بعـــض العقود بقواعد تشريعية تختلف عن قواعد القانون المدني، ومثال علي ذلـــك قـــانون ٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة والذي أعطي الإدارة سلطة تعـــديل قوائم الأسعار بل وتنظيم المرفق ووسائل إدارته.

بالإضافة إلي ذلك فإن هناك بعض الأحكام حاولت إظهار الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية مثال ذلك نذكر حكم محكمة الاســـتئناف المختلطـــة الـــصادر فـــي ١٩٣٣/١/١٠ الذي قررت فيه أنه "في حالة عدم وجود تـــشريعات خاصـــة تـــنظم العقود الإدارية فإنه يجب علي المحاكم عند التصدي للمنازعات المتولـــدة عنهـــا أن تراعي المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتي تتبع من المبادئ العامـــة للقـــانون، فالقانون الإداري يوجد بالضرورة في كل دولة متمدينة.

أما بعد إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ فقد حرص المشرع علي أن يحدد اختصاص مجلس الدولة بعقود الإدارة في قانون تنظيم مجلـــس الدولـــة المـــصري ذاته، ولحق اختصاص تطور بدأ باعتبـــار مجلـــس الدولـــة جهـــة الاختـــصاص الاستثنائي، وتطور حتى أصبح جهة الاختصاص العام فـــي المنازعـــات الإداريـــة بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة.

ففي القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ الصادر بإنشاء مجلس الدولة لم يجعـــل من بين اختصاص مجلس الدولة النظر في المنازعات الخاصة بـــأي عقـــد إداري، ومن ثم كان الاختصاص بالنظر في مثل هذه المنازعات للمحاكم العادية.

أما في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ استحدث نص المادة الخامس الذي نص فيها علي اختصاص المجل بالنظر في منازعات بعض العقود التي تبرمهـــا الإدارة

وهي عقود الالتزام والأشغال العامة، والتوريدات الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد.

ولوحظ أن مجلس الدولة قد لجأ إلي القياس ليمد اختصاصه إلي أنواع أخرى من العقود وسلك في ذلك مسلك القضاء الفرنسي. (١)

ويلاحظ أن قانون ١٩٤٩ جعل الاختصاص مشتركا بني محكمة القضاء الإداري والمحاكم العادية بحيث يترتب علي رفع الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري عدم جواز رفعها إلي المحاكم العادية.

كما اقتصر هذا القانون الاختصاص علي المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الإداري والمتعاقد معها أما ما ينشأ من منازعات بين الإدارة والغير أو بين المتعاقد والغير فكان يخرج عن اختصاص مجلس الدولة.

وفي القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وهو القانون الثالث المنظم لمجلس الدولة اكتمل تطور مجلس الدولة بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية فنصت المادة العاشرة من هذا القانون علي أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام وعقود الأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر.

ومن هنا أصبح مجلس الدولة مختصا لأول مرة بمنازعات كافة العقود الإدارية واختصاصه بها دون غيره من المحاكم العادية، وأصبح اختصاص الأخيرة قاصرا فقط علي العقود التي تخضع للقانون الخاص سواء أبرمت بين الأفراد أو بين فرد وجهة إدارية(٢) وهكذا يتوقف الأمر علي تكييف عقود الإدارة، فإذا توافر في العقد سمات العقد الإداري اختص مجلس الدولة بمنازعاته وحده،

---

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٢/١٢/٢٦ مجموعة المجلس السنة السادسة ق صـ ٢١٤ حيث شمل هذا الحكم امتداد اختصاص المجلس إلي عقد المعاونة استنادا إلي ارتباطه بالأشغال العامة في العقد.

(٢) راجع في ذلك أ. د/ محمد رفعت عبد الوهاب- القانون الإداري الطبعة الأولى- ١٩٨١- صـ ١٨٨.

وإذا لم يتوافر شروط معيار العقد الإدارية كان العقد مدنيا خاضعا للمحاكم العادية.

أما في قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وهو القانون الحالي لمجلس الدولة نصت الفقرة الحادية عشر من المادة العاشرة من هذا القانون علي اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيره بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر.

ومفاد هذا النص أن محاكم مجلس الدولة تختص بنظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية دون غيرها. وأن اختصاصها في هذا الشأن يمتد ليشمل كافة العقود التي تصدرها تلك الجهات بمناسبة تنفيذ العقد واستنادا إلي نص من نصوصه كما يشمل أيضا القرارات التي تصدرها تلك الجهات أيضا أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد. وتسمي القرارات الإدارية المنفصلة، وهي قرارات إدارية نهائية تخضع لما تخضع له القرارات الإدارية النهاية من أحكام في شأن طلب وقف تنفيذ وإلغائها ويكون لذوي الشأن وللغير ممن يري أن في هذه القرارات ما يسمي مركزا قانونيا له الطعن عليها خلال المواعيد المقررة قانونا للطعن علي القرارات الإدارية.

تقسيم:

بعد أن بينا تطور ولاية القضاء الإداري بشأن اختصاصه بالنظر في منازعات العقود الإدارية في كل فرنسا ومصر يتضح لنا أن تحديد طبيعة ولاية القضاء الإداري تتوقف إلي حد كبير علي صفة الطاعن من ناحية وعلي مرجع أسباب الطعن من جهة أخرى تأسيسا علي ما سبق يدخل في ولاية القضاء الكامل المنازعات التي يثيرها أطرافه مستندين إلي بنوده واشتراطاته وتتعلق هذه المنازعات عادة بمرحلة تنفيذ العقد التي تبدأ بعد التصديق النهائي عليه وتستمر إلي انقضائه وتدور هذه المنازعات حول تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد أو التحلل منها بينما يندرج في ولاية قاضي الإلغاء الطعون التي يقدمها أطراف العقد والغير بالطعن في القرارات الإدارية النهائية التي تدخل في تكوينه سواء تعلقت بمراحله السابقة علي الإبرام ومرحلة الإبرام ذاتها، وكذلك بتنفيذه متى استند الطعن إلي

مخالفة القرار للقوانين واللوائح المنظمة للتعاقد. وعلي ذلك فسوف نقسم هذا البـــاب إلي فصلين:

نخصص الفصل الأول لبحث ولاية قاضي الإلغاء قبل منازعات العقود الإدارية.

ونخصص الفصل الثاني لتناول ولاية القــضاء الكامـــل تجـــاه منازعـــات العقــود الإدارية.

الفصل الأول

ولاية قاضي الإلغاء في منازعات العقود الإدارية

أولا: نشأة دعوى الإلغاء ومفهومها:

أجاز المشرع المصري دعوى الإلغاء لأول مرة عند صدور القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وهو أول قانون منظم لإنشاء مجلس الدولة بعد أن كانت هذه الدعوى تتبادر في فكر محاكم القضاء العادي حيث حاولت هذه المحاكم تقرير اختصاصها بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة تأسيسا علي أن القرارات التي يلحقها عيب من عيوب عدم المشروعية تعتبر من قبيل الأعمال المادية لافتقادها الطبيعة الإدارية ومن ثم تزول عنها الحصانة المقررة لها بمقتضي المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة في ١٤ من يونيه ١٨٨٣. (١)

وقد تضمنت القوانين المتعاقبة لتنظيم مجلس الدولة النص علي تقرير اختصاص مجلس الدولة بدعوى الإلغاء وأخرها القانون الحالي المنظم لمجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث تنص المادة العاشرة منه علي أنه "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: ... خامسا الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.. ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح".

كما تنص المادة الحادية عشرة علي أنه "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

يستفاد مما تقدم أن مناط اختصاص محاكم القضاء الإداري بنظر دعوى إلغاء القرارات الإدارية، أن تكون الدعوى موجهة ضد القرارات الإدارية النهائية،

---

(١) راجع في ذلك حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٤٤/١٢/٢٨- المجموعة الرسمية- السنة ٤٥ ص ٢١٢ وراجع في ذلك من المراجع الفقهية أ. د/ محسن خليل في مؤلفه المشترك مع أ.د/ سعد عصفور- القضاء الإداري- ١٩٧٧ ص ٤١١ وما بعدها، وراجع كذلك أ.د/ ماجد الحلو: القضاء الإداري ١٩٨٥ ص ٢٦٥.

مع مراعاة عدم اختصاص هذه المحاكم بالنظر في أعمـــال الـــسيادة أو بـــالأحري أعمال الحكومة، وهو ما ينصب أيضا علي القرارات الإدارية التي تنص القـــوانين علي اختصاص جهات أخرى غير محاكم مجلس الدولـــة بالفـــصل فـــي الطعـــون الموجهة ضدها[1].

وأما في فرنسا فإن دعوى الإلغاء هناك من ابتداع مجلس الدولة، وقد نشأت دعوى الإلغاء فيها تحت اسم "الطعن بتجاوز السلطة" كـــتظلم إداري يتخـــذ الـــشكل القضائي عندما كان مجلس الدولة الفرنسي خاضعا لنظام الإدارة القاضية حيث كان ي نظم أعماله القانون رقم ٧ الصادر في ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٧٠ والذي كان يـــنص علي عدم اختصاص المحاكم القضائية بالنظر في الطلبـــات المؤســـسة علـــي عـــدم اختصاص الهيئات الإدارية ووجوب عرض هذه الطلبات علي الملك باعتباره الرئيس الأعلي للإدارة، وبناء علي ما تقدم أرسي مجلس الدولة نظرية قضائية شـــاملة لكـــل جوانب دعوى الإلغاء كدعوى عامة مفتوحة وقائمة بغير نص[2].

وفي عام ١٨٧٢ انتقل مجلس الدولة الفرنسي مـــن القـــضاء المقيـــد إلـــي القضاء المفحوص وكان من أثر ذلك أن أصبحت دعوى الإلغاء دعـــوى قـــضائية بالمعني الفني الدقيق، وأصبحت أحكام المجلس نهائية نافذة بذاتها دون توقف علـــي تصديقها من رئيس الدولة. وتأكدت هذه الطبيعة القضائية لمجلـــس الدولـــة بـــصفة عامة بعد صدور المرسوم الصادر في ٣٠ من سبتمبر ســـنة ١٩٥٣ الـــذي جعـــل المحاكم الإدارية ذات الولاية العامة في المنازعات الإدارية مع اســـتمرار مجلـــس الدولة في مباشرة اختصاصات محددة باعتباره محكمة أول وآخر درجة.

ونتيجة للتطور السابق فقد حرص مجلس الدولة الفرنـــسي علـــي اعتبـــار دعوى الإلغاء هي الوسيلة الأساسية لضمان احترام مبدأ المشروعية فجعلهـــا مـــن

---

(١) راجع في تفصيل ذلك أ. د/ سامي جمال الدين- الدعاوي الإدارية- طبعـــة ٢٠٠٣ ص ١٧ وما بعدها.

(٢) راجع بشأن نشأة دعوة الإلغاء في فرنسا وتطورها كل من:

- VESEL, Droit administratif- ١٩٦٨- P. ٤٤٦- ١٨٨.
- RIVERO, Droit administratif- ٧ ed. ١٩٦٥- ١٩٦٦- T, Ip. ١٠٥٨- ١٠٦١.
- LANDON, Histoire abregee du recours pour exces de pouvoir- ١٩٦٢.

دعوى النظام العام استنادا إلي أن مرجعها أساسا هو المبادئ القانونية العامة كـأداة تحقيق المشروعية، وكان من أثر ذلك أن اعترف مجلس الدولة بحق الأفـراد فـي مباشرة هذا الطعن ضد أي قرار إداري دون حاجة إلي نص خاص يقرره ولو كان هذا القرار قد نص المشرع علي عدم قابليته للطعن ما لم يكن هناك نـص صـريح يحظر الطعن بتجاوز السلطة علي وجه الخـصوص علـي نوعيـة معينـة مـن القرارات(١).

ثانيا: مفهوم دعوى الإلغاء:

تباينت التعريفات حول بيان مفهوم دعوى الإلغاء، فتعرف "بأنهـا دعـوى قضائية ترمي إلي أن يلغي القاضي الإداري قرارا غير مشروع(٢)".

وتعرف بأنه دعوى تستهدف إلغاء قرار لمخالفته للقواعد القانونية. (٣)

وهناك تعريف آخر يعرف دعوى الإلغاء بأنها دعوى تـستهدف أن يلغـي القضاء الإداري قرارا إداريا بعد أن يعترف بعدم مشروعية(٤).

وهناك فريق آخر يعرف دعوى الإلغاء بأنها دعوى قضائية يطلب الطاعن بمقتضاها من القضاء الإداري مراقبة مشروعية قرار إداري والحكـم بإلغائـه إذا تبين له أنه غير مشروع(٥). ويؤخذ علي هذه التعريفات السابقة جميعها أنها تـشابه دعوى الإلغاء بالدعاوي التي قام فيما بين الأفراد، ولكن دعوى الإلغاء وإن كانـت تتشابه مع الدعاوي الأخرى في بعض الإجراءات والشروط إلا أن هـذه الـدعوى تتميز بخاصية وهي أنها دعوى قانون عام. لذلك حينما نضع تعريفا جامعـا مانعـا

---

(١) C. E ١٧/٢/١٩٥٠ Ministre de l'iagricult. R. D. P ١٩٥١- ٤٧٩: ١١٠.

(٢) UEANNEAU les prinicipes generaux du droit dans la jursprudence administrative ١٩٥٤ p. ٦٩ C. E. ١٩/١١/ ١٩٥٥ Andreanil ٥٥١.

(٣) A de laubedere traite du droit admini steratif- paris L. G. D. J- ١٩٨٤ tome ١١١ No ١١١٩. J. Auby et R. Drago Traite du comtemtieux administratif- Paris No. ١٠٧٨.

(٤) B. lasserre les recours ٤n reperoire du comentieusx admini stratif.

(٥) F. benoit- droit- admini stratif Francais paris D, ١٩٦٨ No. ١٠٠٣.

لدعوى الإلغاء ينبغي أن تأخذ في الاعتبار الطبيعة القانونية لدعوى الإلغاء فنقول "أن دعوى الإلغاء هي من دعاوي القانون العام موضوعها هو مراقبة مشروعية القرار الإداري ويلجأ إليها الأفراد لطلب إلغاء القرار الإداري المشوب بشائبه عدم المشروعية".

وتطبيقا لمصداقية التعريف السابقة نري أن دعوى الإلغاء تندرج تحت الموضوعات التي يشملها القضاء العيني (الموضوعي) وذلك لأن مناطها هو اختصام قرار إداري بغية بحث مشروعيته وإعدامه في حالة ثبوت مخالفته لأحكام القانون أو تأييده إذا تبين للقضاء أنه صدر متفقا مع صحيح حكم القانون. [١]

لهذا فإن دعوى الإلغاء أهم ما يميز أنها لا توجه إلي جهة الإدارة بقدر ما توجه إلي القرار المعيب نفسه[٢] ويعبر الفقه والقضاء الإداري في فرنسا عن دعوى الإلغاء بأنها دعوى ليست بين الخصوم بل أنها دعوى ضد قرار. [٣]

ويطلق علي دعوى الإلغاء "دعوى تجاوز السلطة" وهي دعوى قضائية ترفع للمطالبة بإعدام قرار إداري صدر مخالفا للقانون، وتعد هذه الدعوى أهم وسائل حماية المشروعية إذ تؤدي إلي ترتيب البطلان كجزاء يصيب القرار المخالف للقانون. [٤]

---

(١) راجع في ذلك "الخصومة الإدارية" للدكتور/ عبد الحكم فوده- الإسكندرية- دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦ صـ ٢٧. وراجع في ضوء هذا البحث للدكتور/ سليمان الطماوي: القضاء الإداري الكتاب الأول- قضاء الإلغاء- القاهرة، دار الفكر العربي ١٩٨٦ صـ ٢٢٣، كذلك مؤلف الدكتور/ عثمان خليل، مجلس الدولة- القاهرة، الطبعة الرابعة عام ١٩٥٦ ص- ٢٧٥

(٢) Le recours exces du pouvoir est un proces entre porties mais un proces fait a un acte.

(٣) A. de laubadere: op. cit- No ١١٢٨- ch Debbasch- et R contentieux adminstratif D. P Paris No ٧٥٤.

(٤) C. E ١٩/ ٤ /١٩٤٤ Rec p. ١٢٠- ١٩ / ٤/ ١٩٥٠ Rec p. ٢١٤.

وراجع في ذلك الدكتور/ ماجد راغب الحلو- القضاء الإداري سنة ١٩٩٩- دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.

ويمكننا بعد عرض ما تقدم من المحاولات الفقهية لتحديد مفهوم دعوى الإلغاء أن نعرف دعوى الإلغاء بأنها "دعوى قضائية يتقدم بها فرد أو إحدي الجهات الإدارية إلي القضاء الإداري بشأن طلب إلغاء قرار إداري صدر مشوبا بعيب من عيوب عدم المشروعية المعروفة وهي عيب الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون والانحراف به، ويقتصر دور القضاء في بحث مدى مجانية هذا القرار لقواعد المشروعية فإذا ثبت مخالفة هذا القرار لقواعد المشروعية فإن دور القضاء يقضي بإلغائه دون أن يشمل الحكم الصادر في هذه الدعوى تعديل القرار أو إصدار قرار غيره أو ترتيب أي أثار مالية علي إلغائه".

ويستخلص من التعريف السابق لدعوى الإلغاء بأنها من الدعاوي التي تنتمي إلي القضاء العيني أو الموضوعي فهي تثير مخالفة القاعدة القانونية بصرف النظر عن العلاقة التي ترتبط بين هذه المخالفة وحقوق الأفراد.

وقد أبرزت ذلك المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٥٧/٣/٩ بمقولة "إذا كان الثابت أن الخصومة انصبت علي طلب إلغاء قرار إداري فموضوع الدعوى الذي هو اختصام القرار الإداري في ذاته ووزنه بميزان القانون فيلغي القرار إذا شابه عيب من العيوب المنصوص عليها في القانون، ويكون حصينا من الإلغاء إذا لم ينطو علي عيب أو أكثر من تلك العيوب، والخصومة عينية بالنسبة إلي القرار بمعني أن الحكم الصادر بالإلغاء يكون حجة علي الكافة[1].

وفي حكم آخر عرفت المحكمة الإدارية العليا دعوى الإلغاء بأنها "دعوى قضائية تهدف إلي إلغاء قرار غير مشروع صادر من سلطة إدارية بواسطة القاضي الإداري. [2]

---

(١) مجموعة المبادئ والأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا وقسمي الفتوى والتشريع الموسوعة الإدارية الحديثة- مجموعة أبو شادي ص ١٠٣٩.

(٢) حكم غير منشور في الطعن رقم ٢٣٦٩ لسنة ٣٤ ق.

ثالثا: مناط اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في منازعات العقود الإدارية:

اتبع القضاء الإداري منهجا عمليا مرنا يخدم صالح المتقاضيين عند النظر للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، وهذا المنهج يتلخص في تمتعه بسلطة تقديرية في رفض أو قبول فصل القرارات الإدارية عن العملية التعاقدية وفقا لما يراه محققا للعدالة. (١)

فقد يري الطاعن أن القرار الطعين هو من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، ولكن يري قاضي الإلغاء أن القرار الطعين ليس من قبيل هذه القرارات ولكي يختص قاضي الإلغاء بالنظر في هذه القرارات سالفة الذكر يجب توافر عدة شروط أساسية نعرض لها علي النحو التالي:

مناط اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري:

يمكن أن يستقي مناط اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري من خلال تتبع التطبيقات القضائية العملية لفكرة القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، وهي شروطا مستمدة من طبيعة العمل القانوني المطعون فيه وهي علي النحو التالي:

١- تقتصر ولاية قاضي الإلغاء علي القرارات الإدارية النهائية التي يتوافر فيها شروط قبول الطعن بالإلغاء.ومن ثم يستبعد من تلك الولاية الآتي:

أ- الأعمال التمهيدية التي لا تتوافر فيها صفة القرار الإداري مثل التعليمات والمنشورات الدورية والآراء الاستشارية المقدمة من الأفراد أو الهيئات وإجراءات التحقيق السابقة علي تحرير العقد. (٢)

ب- كما استبعد من دائرة الطعن بالإلغاء القرارات غير النهائية مثل إجراءات الإعلان عن المناقصات ونماذج المناقصات والمزايدات وقرارات لجان

---

(١) راجع في ذلك/ عبد الحميد حشيش- المرجع السابق ص ١٠٨ ص ٢٩.

(٢) Rivero: Droit- Admini strative- ١٩٧٠ P. ٢٢٥.

فتح المظاريف باستثناء قرارات الاستبعاد.

٢- يشترط لقبول الطعن في القرار الإداري المنفصل أن يكون مشوبا بأحد عيـــوب عدم المشروعية التي نصت عليها قوانين مجلس الدولة المتعاقبة في مـــصر وفـــي فرنسا وهي عيوب عدم الاختصاص، ومخالفة القوانين واللوائح وصدور القرار في غير الأشكال التي نص عليها القانون، وكذا عيب الانحراف، وهذا بصرف النظـــر عن سلامة العملية التعاقدية.

وتطبيقا لذلك قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن في قرار المدير باعتبـــاره سلطة وصاية بالتصديق علي قرار المجلس البلـــدي دون موافقـــة مجلـــس ديـــوان المديرية، وذلك بالمخالفة لنصوص القوانين واللوائح.

وهكذا يجب أن يكون القرار الطعين مطابقا لصحيح حكم القانون واللوائح، ولكن ماذا سيترتب علي صدور القرار الطعين عندما يكون مخالفا لنصوص العقد؟

والإجابة علي هذا السؤال تأتي من خلال بحث موضـــوع مـــدى اعتبـــار الشروط التعاقدية مصدرا يتعين الالتزام بها في القرارات الإدارية الصادرة بصدد العقد الإداري.

ماذا لو خالف القرار الإداري الشروط التعاقدية محل العقد؟

- يميز الفقه والقضاء بين وضعين:

الوضع الأول: حالة صدور القرار الإداري بالمخالفة لنص عقدي:

وتتمثل هذه الحالة عند اتخاذ قرارا متعلقا بالعملية التعاقدية وفيـــه مخالفـــة لبعض الحقوق المتولدة عند الاتفاقات.

- وقد انقسم الفقه حول مدة جواز الطعن بالإلغاء في هذه القـــرارات علـــي النحـــو التالي:

أيد جانب من الفقه اعتبار النصوص العقدية مصدرا من مصادر الـــشرعية التي يتعين علي القرار مراعاتها وإلا اتصف القرار بعدم المشروعية.

- واستندوا في التدليل علي صحة وجهة نظرهم بالحجج الآتية:

١- إن قواعد القانون ينبغي مراعاتها لتظل في إطار المشروعية لأنها التـــزام قانوني يرتب المشرع لجزاء علي مخالفته، ولا يهم مضمون هذا الالتـــزام أو نطاق تطبيقه فهناك القواعد القانونية الذاتية مثل الالتزامـــات المتولـــدة عن العقد.

٢- إن مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يعتبر مخالفة لقاعدة قانونية عامـــة هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ولكن لم يجوز الاتجاه الفقهي السابق مصادقة غالبية الفقهاء واستندوا فـــي رفض النهج السابق إلي حجتين هما:

الأولى: الطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء:

إن إلغاء القرار المطعون فيه هـــو جـــزاء لمخالفـــة الـــشرعية بـــالمعني الموضوعي أي لقاعدة قانونية عامة ومجردة بينما العقد يولد مراكز شخصية وذاتية تقتصر آثارها علي أطرافه فقط.

الثانية: فكرة الدعوى الموازية التي لا تجيز لقاضي الإلغاء أن يفحص العقد لكـــي يستخرج منها أسباب عدم مشروعية القرار[1].

يؤيد الاتجاه الغالب في القضاء المصري الرأي السابق وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتـــاريخ ١٩٥٢/٤/١٥ وإذا كـــان مـــن الثابت أن القرار المطعون فيه يكون في الواقع إجراء تعاقديا مستمد من نـــصوص العقد، وليس قرارا إداريا يرد عليه قضاء الإلغاء.

الوضع الثاني: هو أن يصدر القرار الإداري تطبيقا لبند غير مشروع في العقد:

يلاحظ أن أساس الطعن في هذه الحالة هو عدم مشروعية العملية العقديـــة المرتبط بها القرار.

مثال ذلك: أن يصدر قرار من المجلس المحلي بإبرام عقد يتضمن شـــرطا

---

(١) راجع في ذلك د. عبد الحميد حشيش- المرجع السابق ص ١٨ وراجع كذلك للفقيـــه/ بينكـــو رســـالته السابقة ص ٥٩١، وما بعدها وكذلك للفقيه/ لوبادير- العقود الإدارية ج، ٣ ص ٣٣٠.

مخالفا للنظام العام أو القانون، فالقاضي في مثل هذه الحالة يبحث العملية التعاقدية ذاتها لتقدير سلامة القرار موضوع الطعن.

ويؤيد الاتجاه الغالب من الفقه والقضاء سلطة قاضي الإلغاء الحق في فحص مدى سلامة العملية التعاقدية للتحقق من مشروعية القرار الإداري بكافة شروطها وأركانها التي استند إليها القرار المطعون فيه[1].

ورأينا في هذا الموضوع محل البحث:

مما لا شك فيه أن محل الطعن بالإلغاء هو القرار الصادر من جهة الإدارة بصدد عقد إداري وهذا القرار الطعين لا يختلف تعريفه عن التعريف العام للقرار الإداري بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لجهة الإدارة بقصد إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغائه بمقتضى السلطة المخولة لها طبقا للقوانين واللوائح متى كان ذلك جائز وممكن قانونا.

يتبين مما تقدم أن القرار الإداري يختلف عن العقد الإداري الذي هو نتاج توافق إرادتين (جهة الإدارة والمتعاقد معها) ومن ثم فإن مجال الطعن بالإلغاء علي القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري ما زال مفتوحا سواء كان أساس الطعن بالإلغاء هو مخالفة القواعد العامة أو العملية التعاقدية ومن هنا فنحن لا نري جدوي فصل القرار الإداري المطعون فيه إذا كان مشوبا بشائبة مخالفة القواعد العامة للقانون عن القرار الإداري الصادر بالمخالفة لنصوص العقد أما الطعن في العقد الإداري ذاته يخضع لولاية قاضي العقد، وليس لقاضي الإلغاء، وهذا هو المستقر في القضائين الإداري المصري والفرنسي.

وتطبيقا لرأينا السابق نذكر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٢/١٠/١٩ والذي قرر أن الأعمال المطعون فيها تتخذ طابعا تعاقديا فهي ليست ذات طبيعة تسمح بعرضها علي مجلس الدولة بطريق الطعن بتجاوز السلطة[2].

وفي القضاء الإداري المصري قررت المحكمة الإدارية العليا في حكمها

---

(١) راجع في ذلك د. / عبد الحميد حشيش- المرجع السابق صـــ ٢٥.

(٢) راجع في ذلك د./ عبد الحميد حشيش- المرجع السابق صـــ ١١٥.

الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥ أن العمل القانوني الذي يصلح أن يكون محلا لدعوى الإلغاء هو عمل قانوني من جانب واحد يصدر بالإرادة الملزمة لإحدي الجهات الإدارية... [١]

كما استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ عام ١٨٨٤ في قضية Levieux علي رفض قبول الطعن لتجاوز السلطة في العقود، وقد أيد هذا القضاء الغالبية من الفقهاء إلا أن الفقيه بينكو في رسالته للدكتوراه أكد حق الطعن في العقود الإدارية أمام قاضي الإلغاء وذلك إما بطريق مباشر عن طريق الطعن في العقد المباشرة أو بطريق غير مباشر عن طريق الطعن في الأعمال التي ساهمت في إبرامه أو ضد إجراءات التنفيذ. [٢]

تقسيم:

من هذا التقديم المطول قصدنا إبراز أهمية تخصيص دراسة متكاملة لموضوع "ولاية قاضي الإلغاء في منازعات العقود الإدارية" بحيث تتجمع في مضمونه نشأة دعوى الإلغاء ومفهومها ومناط اختصاصها قاضي الإلغاء بمثل هذه المنازعات ولما كانت دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية فمن ثم يفرض علينا أن هذا الموضوع أن نتناول علي النحو التالي:

المبحث الأول: شروط قبول دعوى الإلغاء.

المبحث الثاني: مدى جواز الطعن بالإلغاء قبل منازعات العقود الإدارية.

المبحث الثالث: صفة الطاعن ومدى تعلقها بالطعن بالإلغاء في قرارات الإدارة بصدد العقد الإداري.

المبحث الرابع: مناط اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في الطلبات المستعجلة المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية.

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٣/٥/٢٥ قضية ١٠٨٠ لسنة ٧ ق مجموعة أبو شادي جـ١ ص ١٠٤١.

(٢) انظر بينكو رسالته السابقة ص ٥٧.

المبحث الأول

شروط قبول دعوى الإلغاء

أشار قانون تنظيم مجلس الدولة إلي شروط قبول دعوى الإلغاء في المادتين ١٢، ٢٤ منه، فبحسب المادة الثانية عشر تنص علي أنه "لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية"، كما لا تقبل طلبات الإلغاء المنصوص عليها في البنود ثالثا ورابعا وتاسعا من المادة العاشرة قبل التظلم منها إلي الجهة الإدارية التي أصدرتها أو الجهات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة لبت في التظلم.

أما المادة ١/٢٤ فقد نصت علي أن "ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوما من تاريخ نشر القرار الإداري المدعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به "يضاف إلي ما تقدم أن المشرع قد أصدر القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان للتوفيق في المنازعات الإدارية وغيرها، وفيه نص علي أنه "لا تقبل الدعوى التي ترفع ابتداء إلي المحاكم بشأن المنازعات... إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلي اللجنة المختصة..) [١]

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "لدعوى الإلغاء طبقا لما جري عليه القضاء الإداري شروطا لابد من توافرها حتى تكون هذه الدعوى مقبولة أمام القضاء، وعليه أن يتصدي لها بالفحص قبل أن يتصدر لموضوع المخالفة المدعاة، إذ لا يمكنه بحث الموضوع إلا بعد أن يتأكد له توافر هذه الشروط فإذا لم تتوافر تحتم عليه الحكم بعد قبولها دون التغلغل في الموضوع[٢]

يستفاد مما تقدم أن المشرع يشترط لقبول الدعوى توافر المصلحة الشخصية لدى رافع الدعوى والتظلم الإداري السابق بالنسبة لبعض القرارات الإدارية، وطلب التوفيق أولا قبل الالتجاء إلي القضاء في الحالات المنصوص

---

(١) المادة ١١ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن إنشاء لجان التوفيق في المنازعات الإدارية.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٢/٣/٢٥ الطعن ١٠٠٦ لسنة ٦ ق.

عليها قانونا، وأن يتم رفع الدعوى في الميعاد المحدد قانونا لذلك.

وعليه سوف نتناول هذه الشروط تباعا في المطالب التالية: بدءا بالشروط التي تتعلق بطبيعة القرار محل الطعن علي النحو الآتي:

المطلب الأول: محل الطعن في دعوى الإلغاء.

المطلب الثاني: شروط تتعلق برافع الدعوى.

المطلب الثالث: ميعاد رفع الدعوى.

المطلب الرابع: انتفاء طريق الطعن القضائي الخاص.

المطلب الخامس: العرض علي لجان التوفيق.

وعليه نتناول هذه الشروط بالبحث في الصفحات التالية.

المطلب الأول

محل الطعن في دعوى الإلغاء

طبقا لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، فإنه محل الطعن في دعوى الإلغاء هو القرار الإداري النهائي، سواء كان إيجابيا في التعبير صراحة أو ضمنا عن إرادة الإرادة الملزمة بعمل شيء مثلا أو الامتناع عن عمل، أم سلبيا متمثلا في رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ القرار، وهو ما يطلق عليه القرار السلبي(١).

وتأسيسا علي ما تقدم فإنه يجب أن تقادم دعوى الإلغاء ضد قرار إداري قائم بالفعل تكون الخصومة في دعوى الإلغاء خصومة عينية مناطها اختصام القرار الإداري بهدف مراقبة مشروعيته.

ولكن ما هي مواصفات هذا القرار؟

وتستلزم الإجابة علي هذا التساؤل تحديد ماهية القرار الإداري ثم نعرض بشروط انعقاده.

---

(١) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧١/٣/٢٨ قضية ١٢٧١ لسنة ١٣ق، وحكمها في ١٩٨٤/٦/٢٣.

وبناء علي ذلك سوف نتناول هذا الموضوع في النقاط الآتية:

الفرع الأول: تعريف القرار الإداري.

الفرع الثاني: شروط انعقاد القرار الإداري.

الفرع الأول

تعريف القرار الإداري

يتجنب المشرع كثيرا وضع تعريفات لبعض المصطلحات القانونية، ومن قبيل ذلك القرارات الإدارية، تاركا هذا الأمر للفقه والقضاء.

وحينما تصدي القضاء الإداري لتعريف القرار الإداري قضي بأنه "إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون، عن إرادتها الملازمة، بما لها من سلطة بمقتضي القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة.

ويلاحظ علي هذا التعريف أنه خلط بين تعريف القرار الإداري وبين شروط انعقاده وكذلك شروط صحته أو بالأحري مشروعيته. فالقرار الإداري يكتمل وجوده بتوافر أركانه الأساسية ولو شابه وجه من أوجه الطعن بالإلغاء، فلا يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يتعلق الطعن بقرار صحيح بالإضافة إلي ذلك فإن تعريف القرار الإداري علي النحو السابق بيانه لا يحقق مقصود نطاق البحث وهو تحديد الاختصاص بنظر دعوى الإلغاء،[1] وإذا استبعدنا الخلط الذي يقع فيه الفقه والقضاء عند تعريف القرار الإداري بين اركان القرار الإداري وعناصره التي تتصل بها شروط مشروعيته نجد أن الاتفاق بين الفقهاء يقتصر علي أن الإرادة هي من أركان القرار الإداري، أو أن الشكل من عناصره التي قد يتعلق به أحد شروط مشروعية القرار، ويدور الخلاف بينهم حول عناصر الاختصاص والمحل والسبب.

بتحليل عناصر القرار الإداري نري أن من بين هذه العناصر تبرز "الإرادة" كركن لا غني عنه لوجود القرار الإداري وانعقاده، وهو ركن يتواجد في

---

(١) أ.د / محمد فؤاد مهنا: مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة ١٩٧٨- صـ ٦٥٨.

كافة القرارات التي تصدرها جهة الإدارة ويشترط فيه أنم تكون الإرادة للإدارة، وأن تكون ملزمة وأن يكون القصد منها إحداث أثر قانوني معين لا مجال للسلطة التقديرية بشأنه، أما بقية العناصر فهي تختلف من قرار لآخر وهي تتعلق بمشروعية القرار وصحته قانونا فإذا خالفت إحداها القانون أصبح القرار باطلا علي خلاف ركن الإرادة الذي يعني عدم توافره انعدام وجود هذه القرارات أصلا واعتباره بمثابة عمل مادي. ويكاد أن يتجه الفقه الحديث أن يجمع علي تعريف القرار الإداري بمركز الإرادة فحسب(١) وعلي ذات الطريق قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكمها بأنها "لا يشترط في القرار الإداري كأصل عام أن يصدر في صيغة معينة أو بشكل معين، بل ينطبق هذا الوصف ويجري حكمه كلما أفصحت الإدارة أثناء قيامها بوظائفها عن إرادتها بقصد إحداث أثر قانوني. (٢)

وبناء علي ما تقدم يمكننا أن نعرف القرار الإداري "تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد إحداث أثر قانوني معين(٣). ومعني أن القرار الإداري هو تعبير عن الإرادة المنفردة لجهة الإدارة يفهم من ذلك أن الأعمال المادية لا يجوز الطعن عليها بالإلغاء، وكذلك العقود الإدارية لا يجوز الطعن علي العقد برمته بدعوى الإلغاء إنما مجال هذا الدعوى القضاء الكامل، وإنما يجوز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري(٤).

---

(١) راجع لمزيد من التفصيل أ.د /رأفت فودة: عناصر وجود القرار الإداري- دراسة مقارنة ١٩٩٩- دار النهضة العربية- صـ ٤٧ وما بعدها.

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٢/٣/٦ قضية ١٤٧٥ لسنة ٢٦ق- وكذلك حكمها في ١٩٧١/١٢/٤ الطعن ١٧٣ لسنة ١٥ ق- المجموعة ١ لسنة ١٧ رقم ١١ صـ ٥٧. راجع أيضا محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٥/٨/٣ قضية ٥٥٧ لسنة ٥٨ المجموعة ١ لسنة ١٠ ق صـ ٢٠. وحكمها في ١٩٦٥/٢/٢١ قضية ٢٩ لسنة ١٨ ق مجموعة خمس سنوات صـ ٥٠٠.

(٣) من ذات الاتجاه الفقهي أ. د/ طعيمة الجرف- مبدأ المشروعية- وضوابط خضوع الدولة للقانون الطبعة ٣- ١٩٧٦ صـ ٢١٨.

(٤) سوف نسرد دراسة مستفيضة في هذه النقطة بصفتها الموضوع الرئيسي المناط من هذه الرسالة.

ومن الجدير بالملاحظة أن القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء يمكن أن يكون قرارا باطلا أو قرارا منعدما من الناحية القانونية، وذلك يتحقق إذا كان القرار مشوبا بعيوب صارخة أو بالغة الجسامة، ولا يتقيد القرار في مثل هذه الحالة بميعاد رفع دعوى الإلغاء[١].

التفرقة بين القرار الإداري والعقد الإداري:

يتفق كل من العقد الإداري في أشياء ويختلفان في أشياء أخرى، فمن العناصر المشتركة بينهما أنهما تصرفان يعبران عن نشاط الإدارة الذي غايته تسير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ولكن رغم هذا الاتفاق فإن لكل من العقد والقرار الإداري نظامه القانوني الخاص به، والخصائص المميزة لكل منهما.

واختلفت المعايير الفقهية للتفرقة بين القرار الإداري والعقد. فهناك من يتبنى المعيار الكمي الذي يعتمد على عدد الأشخاص المشتركين في عمل العقد وفي إصدار القرار أي أن جوهر هذا المعيار يعتمد أصلاً على عدد الإرادات المعبر عنها في كل تصرف من هذه التصرفات. [٢]

ولكن الفقه الحديث يوجه سهام النقد إلى هذا المعيار ويأخذون عليه إنه يجمع بين أعمال قانونية مختلفة أصلاً ويجعلها تندرج تحت طائفة العقود والقوانين باعتبارها تعبيراً عن إرادة الأغلبية البرلمانية، وكذلك هذا المعيار يفصل بين أعمال قانونية ويفرق بينها في حين أنها متشابهة وتنتمي لذات الطائفة مثل القرار الوزاري L' arrêté ministériel والقرار المشترك في إصداره أكثر من وزير L' arrêté interministériel

وإزاء هذا النقد الموجه إلى هذا المعيار عدل أنصاره في صياغته حيث أضافوا إليه عنصراً جديداً مكملاً يحد من إطلاقه واعتبروا القرار الإداري هو تعبير عن إرادة فردية Une Volonté. Unique فالقرارات الصادرة عن

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع أ. د/ سامي جمال الدين- المرجع السابق ص ٣٣، ص ٣٤.

(٢) من الفقهاء الذين يأخذون بالمعيار الكمي في التفرقة بين القرار الإداري والعقد الإداري.
Rolland precis de droit administratif. Ged. No. ٦١.
Rivro: J droit adminstratif- ed. ١٩٩٠- p. ١١٧.

مجلس شعبي أو من أكثر من وزير هي قرارات وليست عقوداً.

والبعض الآخر من الفقه[1] اتجه نحو معيار آخر هو المعيار الكيفي Qualitatif وجوهر هذا المعيار يمكن في الوضع القانوني المتبادل بين مصدر التصرف والمخاطبين بهذا التصرف.

فالعقد هو ذلك التصرف الذي ينظم العلاقات المتبادلة بين الأشخاص الذين ساهموا في إبرامه أي " أطرافه ". أما القرار الإداري فهو على النقيض يهدف أساساً إلى تنظيم سلوك الأشخاص الأخرى غير الذين أصدروه، فالقواعد الناجمة عن هذا التصرف تسري على الكافة دون رضاء منهم إيجاباً أو سلباً.

وقد تبني كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري هذا المعيار. فقد أصبغ مجلس الدولة الفرنسي على اتفاقيات تقوم على ثلاث إرادات مختلفة وصف القرار الإداري اللائحي لأنها لم تكن تنظم العلاقة بين هذه الإرادات وتحدد حقوق كل منها، واجباتها وإنما انصرفت للأخرين. كما تبني مجلس الدولة المصري هذه السياسة وأنكر على أعمال قامت بها الإدارة وصف القرار الإداري رغم أن مصدريها أطلقوا عليها " تراخيص" أي قرارات إدارية لكونها موضوعياً- تخاطب موقعيها وتحدد بينهم الحقوق والواجبات.[2]

خلاصة القول:

أنه مهما كان الدور الذي تقوم به إرادة المخاطبين بالقرار الإداري إلى جانب إرادة الجهة الإدارية مصدرة القرار، فإنه لا يؤثر على شرط الإرادة المنفردة حتي تكون بصدد قرار إداري. فالعبرة في النهاية ليس بما تطلقه الإدارة من مسميات على الأعمال الصادرة عنها، إنما ينبغي الاعتداد بما أجمعت عليه

---

(١) راجع في ذلك:
P. Delvolue: l' acte adminstratif. Sirey. ١٩٨٩.
Dupuis, Definition de l, acte Unilateral. Melanges Eisenman ١٩٧٥. P. ٢٠٥.

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣١ من كتاب حمدي ياسين عكاشة- موسوعة العقود الإدارية الدولية، العقود الإدارية ١٩٩٨ صـ ٤٩، ٥٠.

الإرادات من آثار قانونية وفي حق من توجه هذه الآثار.

الفرع الثاني

شروط انعقاد القرار الإداري

بينا فيما سبق أن القرار الإداري يتواجد بمجرد توافر ركن الإرادة فيه ولو لم تتوافر فيه شروط صحته قانوناً، أما إذا لم يستوف " القرار " ركـن الإرادة فيـه فإنه يكون منعدماً وإن كانت كافة عناصره الأخرى صحيحة قانوناً.

ولذلك، فإن القرار الإداري يقوم بمجرد التعبيـر أو الإفـصاح عـن إرادة السلطة الإدارية ونيتها في إحداث أثر قانوني معين، أيا كان أسلوب التعبيـر عـن هذه الإرادة، وسواء التزمت الإدارة بما فرضه مـن شـروط لمـشروعية القـرار الإداري محور هذه الإرادة أم لم تلتزم.

وبناء على ما تقدم يشترط لانعقاد القرار الإداري توافر الإرادة بالشروط الآتية:

أولاً: أن يكون هناك تعبير عن إرادة منفردة للإدارة:

تنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالة في مصر في فقرتهـا الخامسة إلى القرارات الإدارية التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء بأنهـا " القـرارات الإدارية النهائية، ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض الـسلطات الإداريـة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقـاً للقـوانين واللـوائح " يستفاد مما تقدم أن القرار الإداري من التصرفات القصدية سواء تمثل القـرار فـي التعبير الإيجابي صراحة أو ضمناً عن إرادة الإدارة الملزمة بعمل شئ أو الامتنـاع عن عمله، أم تمثل في التعبير السلبي في صورة رفض الإدارة وامتناعها عن اتخاذ القرار الإداري، وهو ما يطلق عليه القرار السلبي مما يدفع المشرع إلى اعتبـار أن هناك قراراً مفترضاً سواء بالرفض أو الموافقة على مضمون القـرار، بمعنـي أن إفصاح الإدارة عن إرادتها الصريحة يتجلي في الامتناع عن إصـدار قـرار كـان يتعيب على الإدارة إصداره.

وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري " فإذا لم تكن الإدارة ملزمة بـشئ

طبقاً للقوانين واللوائح، فإن سكونها عن اتخاذ الإجراء الذي يطالبها بـه صـاحب الشأن، لا ينشئ قراراً إدارياً بالرفض مهما طال هذا السكوت، ومن ثم فـلا يكـون الطعن بالإلغاء في مثل هذا التصرف السلبي إلا محاولة من المدعي إلـى إحـلال القضاء محل الإدارة في ممارسة اختصاصاتها مما يتعين رفضه".[1]

وينتقد الفقه هذا القضاء السابق لأنه لا يأتي متفقاً مع المبادئ العامـة فـي قضاء الإلغاء ولا يمكن ولا يتصور أن يكون المشرع أراد أن يجعل ولاية الإلغاء بالنسبة للقرارات السلبية مقصورة على المجالات التي تتصرف الإدارة فيها بسلطة مقيدة دون تلك التي تتصرف فيها بسلطة تقديرية، فرقابة المجلس توجد في الحالـة الأخيرة أيضاً ومهما اتسع مجال السلطة التقديرية للإدارة، فإن هناك مجال لرقابـة المجلس تنصب على وجود أو عدم وجود عيب الانحراف بالسلطة.[2]

والواقع أن المشكلة ليست في تحديد نطاق ولاية الإلغاء بل أساس المشكلة يدور حول هل يعد امتناع جهة الإدارة عن إصدار القرار في المجالات التـي تتـصرف فيهـا بسلطة تقديرية من القرارات السلبية أم لا؟ نعم لأن هذه الامتناع يعد تعبيراً عـن الإرادة مثل الامتناع عن تعيين أحد الأشخاص في وظيفة ما أو الامتناع عن الإفراج عـن أحـد المعتقلين.. إلخ أما كون هذا الامتناع يستند إلى أساس قانوني أم لا فهو بحث موضـوعي في مشروعية القرار ولا علاقة له بوجود أو عدم وجود هذا القرار.[3]

فقد يكون القرار غير مشروع بالرغم من عدم التزام الإدارة بإصداره، مثل رفض إصدار قرار بالترخيص بممارسة عمل أو نشاط معين، فقد يعيب هذا القرار عيب الغاية أي إساءة استعمال السلطة والانحراف بها أو عيب السبب إذا كان الرفض أو الامتناع لا مبرر له قانوناً أو لا يستهدف تحقيق المصلحة العامة.

ونلمس صحة هذا القول في أحكام حديثة للقـضاء الإداري، فقـد قـضت

---

(١) محكمة القضاء الإداري في ١٩٦٥/٢/٩ قضية ٦٥٩ لسنة ١٦ق، والمحكمة الإدارية العليـا في ١٩٨٥/٥/٤ قضية ٢٢٢ لسنة ٢٨ ق، المجموعة ١ لسنة ٣٠ صـ ١٠١٧.

(٢) أ.د /مصطفي أبو زيد فهمي: المرجع السابق صـ ٤٨٥ وكذلك أ.د/ عبـد الفتـاح حـسن: المرجع السابق صـ ١٥٥.

(٣) راجع أ. د/ سامي جمال الدين- المرجع السابق صـ ٣٨.

محكمة القضاء الإداري في دعوي أقيمت ضد وزير الداخلية طعناً في قراره السلبي بالامتناع عن إصدار قرار بإبعاد إحدي الأجنبيات، سبق وأن اعتدت بالضرب والسب على إحدي المصريات[1]

أما عن وضع القرار السلبي في فرنسا فإنه يجور الطعن عليه بالإلغاء لدي مجلس الدولة ويظهر ذلك بوضوح في نص الفقرة الثانية من المادة الأولي من المرسوم رقم ١١ من يناير سنة ١٩٦٥ حيث نصت على أن " سكون السلطة المختصة لمدة أكثر من أربعة شهور على طلب يقدم إليها يعني قراراً " بالرفض".

وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن هذا الطلب لا يشترط فيه أن يكون في مجال تتمتع فيه الإدارة بسلطة مقيدة، بل يمكن في أي مجال تختص هذه الإدارة بالعمل فيه سواء كانت سلطتها فيه تقديرية أو مقيدة. [2] كما قضي مجلس الدولة الفرنسي بأن هذا الطلب يمكن أن يكون شفوياً، ولا يشترط فيه شكل خاص [3] .

أما رأينا في هذه النقطة محل البحث فإننا نؤيد القول بأن امتناع جهة الإدارة عن الرد على طلب المواطن أو عن اتخاذ إجراء معين يعد بمثابة قرار سلبي يقبل الطعن عليه بالإلغاء، ولو لم يكن هناك التزام قانوني عليها بالرد لأن في القول بعكس ذلك ينطوي على إخلال بمبدأ المشروعية فقد تأخذ الإدارة موقف الصمت إزاء حالات تمس المراكز القانونية للأفراد، ومع ذلك لا يستطيع الفرد الالتجاء إلى الطعن على مسلكها السلبي بدعوي عدم وجود قرار إداري يمكن الطعن عليه ويؤدي ذلك إلى إفلات جهة الإدارة من مسئولياتها قبل الفرد.

والتعبير عن الإرادة المنفردة لا يعني حتماً صدور القرار الإداري وفقاً لإرادة شخص واحد فقد تشترك عدة جهات إدارية في إصدار القرار الإداري لا يعني صدوره عن أكثر من إرادة فالعبرة ليست بعدد أعضاء السلطة الإدارية الذين

---

(١) كم محكمة القضاء الإداري في ٢٠٠١/١/٩ قضية ٩٥٢٥ لسنة ٥٤ ق.

(٢) Delzant: C. E. ٧. Nov. ١٩٥٦. Rec ٤٢١.

(٣) Ministre de La construction Consort scarmiglia C. E ٢٤ Mars ١٩٦٥.

يصدر عنهم القرار بل العبرة بالإرادة التي يمثلونها معاً، إذ أنهم يمثلون جميعاً إرادة واحدة هي إرادة السلطة الإدارية في مواجهة المخاطبين بأحكامه، وكذلك الأمر إذا تطلب القانون اشتراك إرادة من تتجه إليه أحكام القرار الإداري قبل إصداره، كما لو استلزم القانون تقديم طلب " للحصول على رخصة قيادة، ولا تعتبر موافقة من شمل القرار الإداري بمثابة إرادة أخرى كما هو الحال في قرارات التعيين فالموافقة هنا شرط لسريان القرار، وليست شرطاً لإصداره [1] أما إذا كانت هذه الموافقة جوهرية لقيام التصرف كان للقاضي إذا عرض عليه النزاع في هذا الأمر إن يعتبر من قبيل العقود الإدارية.

ثانياً: أن يكون القرار تعبيراً عن إرادة سلطة إدارية[2]:

يشترط في القرار الإداري أن يكون تعبيراً عن إرادة سلطة إدارية، ويترتب على هذا الشرط استبعاد كافة التصرفات الصادرة عن غير السلطة الإدارية ولو سميت باصطلاح القرار.

ويقصد باصطلاح السلطة الإدارية في هذا المجال بمعناها العضوي والموضوعي معاً **فمن الناحية العضوية**: يشترط صدور القرار الإداري عن السلطة التنفيذية بوصفها إحدي السلطات العامة الدستورية في الدولة، وهو ما يعني استبعاد كل ما لا يتصل بالسلطة التنفيذية عضوياً أو شكلياً من مجال الإدارة، وبالتالي يخرج عن نطاق القرارات الإدارية:

١- التصرفات الصادرة من فرد عادي لا صلة له بالسلطة الإدارية، ولا يتمتع بأية صفة تتيح له سلطة إصدار القرارات، ما لم يتحقق في شأنه وصف الموظف الفعلي.

٢- القرارات الصادرة عن السلطات العامة الأخرى خلاف السلطة التنفيذية[3]،

---

(١) راجع تطبيقا لذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٩/١٢/١٢ قضية ٧٠٩ لسنة ٤ ق المجموعة ١ لسنة ٥ ق. رقم ١٣ صـ ٩٤.

(٢) راجع لمزيد من التفصيل في هذه النقطة من تطبيقات نظرية القرار الإداري المنفصل عن العقد وجوب صدور القرار الإداري المتصل عن العقد عن شخص من أشخاص القانون العام- للمستشار/ ميلاد سيدهم مجلة هيئة قضايا الدولة صـ ٢٠١ العدد الثاني ١ لسنة ٤٤.

(٣) تجري أحكام القضاء الإداري على أن "الأعمال ذات الطبيعة الإدارية التي تتولاها السلطة

وهي أعمال السلطتين التشريعية والقضائية والمعيار المتبع في هذا الشأن هــو المعيار الشكلي أو العضوي الذي مقتضاه تتحدد طبيعة العمل بحــسي الجهــة التي تصدره وإجراءات إصداره بغض النظر عن موضوعه.

٣- القرارات الصادرة عن جهات إدارية " غير وطنيــة " أي ســلطات أجنبيــة لا تستمد سلطتها من القانون المصري، وما يــصدر عــن المــواطنين العــاملين لحساب دول أجنبية أو إحدي المنظمات الدولية، كالعاملين التابعين لهيئة الأمــم المتحدة أو جامعة الدول العربية.

٤- القرارات التي تصدر عن التنظيمات الشعبية والجمعيات السياسية والأشــخاص المعنوية الخاصة ولو باشرت نشاطاً ذا نفع عام.

ومن الناحية الموضوعية: يشترط في القرارات الإدارية أن تكون صادرة استناداً إلى سلطة إدارية موضوعياً، ولهذا المصطلح مدلولان:

١- **المدلول الأول:** أن يصدر القرار الإداري باعتباره ممارسة لسلطة عامة، فــإذا لم تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة، فإن ما تصدره تعبيراً عن إرادتهــا لا يندرج في نطاق القرارات الإدارية. (١)

٢- **المدلول الثاني:** أنه يلزم أن يكون القرار الإداري تعبيراً عن سلطة إدارية، أي

التشريعية والتي تتماثل في طبيعتها مع تلك التي تقوم بها السلطة التنفيذية مثل علاقة السلطة التشريعية بالعاملين فيها وتعيينهم وترقيتهم وعلاواتهم وإنهاء خدمتهم وتشكيل الأمانة العامة للمجلس ووضع لوائح تنظيم شئون العاملين به.. والعقود التي تبرمهم لتحقيــق أغراضــها والقرارات التي تصدرها في شأن الأجهزة أو الهيئات أو الجهات التابعــة مثــل الجهــاز المركزي للمحاسبات والمدعي العام الاشتراكي فتلك الأعمال ولئن صدرت عــن الــسلطة التشريعية أو البرلمان فإنها بحسب موضوعها وطبيعتها هي قرارات إدارية تخضع للرقابة القضائية لمجلس الدولة- محكمة القضاء الإداري في ١٩٩٧/٥/٢٧ قضية ٤١١٤ لسنة ٥١ ق. في هذا الحكم فرضت المحكمة رقابتها علي قرارات مجلس الشورى بالنسبة إلي رؤساء مجالس إدارة المؤسسات الصحيفة القومية ورؤساء التحرير بالــصحف القوميــة وإنهــاء خدماتهم ومد سن التقاعد لهم.

(١) علي سبيل المثال قضت محكمة القضاء الإداري بأن نشر بيان الوزير في الــصحف لــيس قرارا إدارية حكمها في ١٩٤٨/١/٧ قضية ٣٨ لسنة ١ق المجموعة ١ لسنة ١ صــ ٣٠٢.

أن يتصل القرار بالوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية، وعليه تخرج الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بصدد ممارستها للوظيفة الحكومية من نطاق الأعمال الإدارية.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأنه يشترط في القرار الإداري أن يصدر في مسألة من مسائل القانون العام، وأن تكون طبيعة المنازعة ذاتها إدارية في ضوء السلطات والاختصاصات المخولة للجهة الإدارية بوصفها كذلك في القوانين واللوائح المنظمة لها.

وفي حكم آخر لذات المحكمة قضت فيه " ليس كل قرار يصدر من هيئة إدارية عامة يعد قراراً إدارياً مما يختص القضاء الإداري بطلب إلغائه أو وقف تنفيذه إذ لابد لتحقق وصف القرار الإداري أن يكون ذلك بحكم موضوعه، فإذا دار القرار حول مسألة من مسائل القانون الخاص أو تعلق بإدارة مال شخص معنوي خاص.. لم يعتبر هذا القرار من القرارات الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري ولو كان صادراً من هيئة إدارية ..." (1)

ثالثاً: أن يكون القرار تعبيراً عن الإرادة في إحداث أثر قانوني معين:

ويقصد بهذا أن يكون من شأن القرار الإداري إحداث أثر قانوني ملزم للمخاطبين بأحكامه وذلك بمجرد صدوره ونفاذه. ومن شأن هذا الشرط التمييز بين القرارات الإدارية والأعمال المادية التي لا ترتب بذاتها أية آثار قانونية كالأعمال الفنية التي يجريها رجال الإدارة مثل التصميمات الهندسية .. إلخ.

وفي هذا الصدد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن محل العمل المادي الذي لا يختص به القضاء الإداري يكون دائماً واقعة مادية أو إجراء مثبتاً لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية معينة إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع

---

(1) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٣/١٢/١٢ الطعن ١٨٢٥ لسنة ٣٣ ق وفي ١٩٧٩/١١/٢٧ الطعن ٤٣٢ لسنة ٢٣ ق المجموعة ١ لسنة ١٤ صـ ٧٧، وفي ٢٧/ ١٩٨٣/١٢ الطعن رقم ٢٣٥٩ لسنة ٢٩ ق المجموعة ١ لسنة ٢٩ صـ ٤٣٢، وحكمها في مجموعة ١ لسنة ١٢ صـ ١٠٨٣ بند ١٤٢.

مباشرة لا إرادة جهة الإدارة[1] كما قضت محكمة القضاء الإداري بأن " من أركان القرار الإداري أن يكون له محل وهو المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه والأثر القانوني الذي يترتب عليه يقوم مباشرة وفي الحال، وهذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية جديدة أو تعديل مركز قانوني قديم أو إلغائه، وبهذا يغاير المحل في العمل القانوني المحل في العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة واقعية [2]

ومن أهم الأعمال التي قد تختلط بالقرارات الإدارية، على حين أنها من الأعمال المادية التي لها أثر قانوني لها بذاتها ما يلي:

١- الإجراءات التنفيذية التي تتم تطبيقاً للقوانين والقرارات الإدارية.

٢- الأعمال التحضيرية أو التمهيدية التي تسبق اتخاذ القرار الإداري كإجراء لتحقيق من أجل إصدار قرار بتوقيع جزاء تأديبي على الموظف.

٣- الإجراءات التنظيمية الداخلية مثل المنشورات والتعليمات الإدارية والمصلحية، وكذلك أعمال الإدارة النموذجية التي تتخذها الإدارة لتكون نموذجاً يحتذي به في تحرير عقد معين.

٤- المنشورات أو القرارات التفسيرية التي تتضمن فقط شرح النصوص القانونية.

٥- التصرفات غير المعدة لإحداث أثار قانونية وإنما يقصد بها إعلان وجهة نظر الإدارة في صورة آراء أو ادعاءات أو نوايا.

نهائية القرار الإداري:

حرص المشرع على ذكر مصطلح " النهائية " في بنود المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالي لكي يطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية.

---

(١) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٩/١/١١ قضية ٢٤٠ لست ١٣ ق- المجموعة ١ لسنة ١٤ ق صـ ٢٤٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٤/٢/٢٤ قضية ١١٤٦ لسنة ٦ ق المجموعة لسنة ٨ق صـ ٧٧١.

وقد حرص القضاء الإداري علي تفسير هذا الشرط وفقا لصحيح القـانون في كثير من أحكامه فقضي بأنه "ليس يكفي لتوفر صفة النهائية للقـرار الإداري أن يكون صادرا من صاحب اختصاص بإصداره، بل ينبغي أن يقصد مصدره الـذي يملك إصداره تحقيق أثره القانوني فورا ومباشرة بمجرد صدوره، وألا يكون ثمـة سلطة إدارية للتعقيب عليه وإلا كان بمثابة اقتراح أو إبـداء رأي لا يترتـب عليـه الأثر القانوني للقرار الإداري[1] النهائي.

كما قضت محكمة القضاء الإداري بأن: العبـرة فـي نهائيـة القـرارات الإدارية هو بصدورها من جهة إدارية يخولها القانون سلطة البت في أمر ما بغيـر حاجة إلي تصديق سلطة أعلي، أما قابلية القرار الصادر منها للتظلم بعد ذلك سواء إلي مصدره أو إلي سلطة أعلي منها أو إلي هيئة إدارية أخـرى يقـضي القـانون بتشكيلها لهذا الغرض فلا يؤثر"[2].

وقد اتفق الفقه علي تحديد المقصود بشرط النهائية[3]، وذلك بما مفـاده أن يكون القرار قد استنفذ جميع المراحل التحضيرية اللازمة لإصـداره أي اسـتكمال القرار لكافة الخصائص اللازمة لوجوده قانونا.

مدلول إحداث الأثر القانوني:

يتمثل الأثر القانوني للقرار الإداري في إنشاء مركـز قـانوني أو حالـة قانونية معينة أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم.

وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري بأن "من أركان القـرار الإداري أن

---

(١) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٦/١١/٢٠ قضية ٢٣٤ لسنة ٩ ق المجموعة ١ لسنة ٤٢ ق صـ ٢٦٠.

(٢) محكمة القضاء الإداري فـي ١٩٥١/٦/١٣ قـضية ٣٥٧ لـسنة ٤ق صـ ١٠٦٤ وفـي ١٩٥٤/١/٧ قضية ١٥٢٣ لسنة ٦ق.

(٣) احتدم الخلاف الفقهي حول مصطلح النهائية والتنفيذي للقرار الإداري وفي رأينا أن المعنيين مترادفان ونحن نؤيد مصطلح نهائية القرار من المصطلح التنفيذي لأن صفة النهائية متوفرة في كل قرار دون حاجة إلي وصفه بتلك الصفة- راجع لمزيد من التفصيل حول هذا الأمر د./ رأفت فودة- عناصر وجود القرار الإداري- ١٩٩٩- دار النهضة العربية صـ ٣٥٨.

يكون له محل وهو المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القــرار إلــي إحداثــه والأثر القانوني الذي يترتب عليه يقوم مباشرة وفي الحال. وهذا الأثر هــو إنــشاء حالة قانونية جديدة أو تعديل مركز قانوني قديم أو إلغائه[1].

خلاصة ما تقدم:

أنه يشترط لانعقاد القرار الإداري ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون القرار الإداري تعبيرا عن إرادة منفردة للإدارة.

الثاني: أن يكون القرار الإداري تعبيرا عن إرادة سلطة إدارية بالمعنيين العــضوي والموضوعي.

الثالث: أن يكون القرار تعبيرا عن الإرادة في إحداث أثر قانوني معين.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٤/٢/٢٨ قضية ١٤٦ لسنة ٦ ق- المجموعة ١ لسنة ٨ صــ ٧٧١ وفي ١٩٥٤/٣/١٠ قضية ٦٦٢ لسنة ٦ق المجموعة ١ لسنة ٨ صــ ٩١٢.

المطلب الثاني

الشروط اللازم توافرها في رافع الدعوى

أوضحنا أن قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ يستلزم في رافع دعوى الإلغاء أن تكون له مصلحة شخصية، ويضيف جانب آخر من الفقه إلي المصلحة شرطي الصفة والأهلية، ويري آخرون أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى فيما يتصل برافعها علي أساس أن الأهلية شرط لمباشرة الدعوى لا لقبولها وأن الصفة هي مظهر لشرط المصلحة، وتبعا لذلك نتناول علاقة المصلحة بشرطي الصفة والأهلية ثم يتبع ذلك بحث طبيعة هذا الشرط وخصائصه، والوقت اللازم توافرها لشرط المصلحة، وطبيعة الدفع بعدم توافرها في الدعوى.

الفرع الأول

الصفة والأهلية والمصلحة

أولا: المصلحة والصفة:

الصفة هي القدرة القانونية علي رفع الخصومة إلي القضاء أو المثول أمامه، ومن المسلم به أن الصفة تتوافر في صاحب الحق أو النائب عنه نيابة قانونية أو اتفاقية. يري غالبية الفقه أن شرط الصفة يندمج مع شرط المصلحة بمعني أن الصفة هي وصف من أوصاف المصلحة لكي تكون شخصية ومباشرة[1] وقد قضي مجلس الدولة بأن "صفة المتقاضي في قضاء الإلغاء تندمج في المصلحة فيكفي لقبول طلب إلغاء القرار توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الإلغاء مهما كانت صفة رافع الدعوى، ذلك لأن طلب إلغاء القرارات الإدارية هي في حقيقته طعن موضوعي عام مبني علي المصلحة العامة التي يجب أن تسود القرارات الإدارية[2].

---

(١) راجع د./ رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية- ١٩٥٩ ص ١٥٢، وكذلك د./ أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية ١٩٧٦- ص ١٢٣.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٩٤٢ لسنة ٥ق المجموعة السنة الثامنة ص ٣٩٨ وكذلك حكمها الصادر في ١٩٥٣/٦/٢٥ قضية ١٠١٥ لسنة ٦ ق والمحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٨/٢/٨ الطعن ١٨٠٨ لسنة ٣٨ ق.

غير أنه إذا كانت الصفة تندمج مع المصلحة في الحالات التي يكون رافع الدعوى فيها هو صاحب المصلحة فإنها تعتبر شرطا قائما بذات من شروط الدعوى في الحالات التي يكون رافع الدعوى فيها هو النائب قانونا أو اتفاقا عن صاحب المصلحة مثل حالات رفع الدعوى عن شخص معنوي ومن ناحية أخرى يشترط توافر الصفة في المدعي عليه وكذلك، ووفقا لقضاء المحكمة الإدارية العليا يشترط أن ترفع الدعوى من ذي صفة علي من ذي صفة، وبالنسبة لصفة المدعي عليه فلا تقبل الدعوى إذا لم يكن له أي شأن بالنزاع.. وعليه لا تثريب علي قصر الخصومة علي الجهات الإدارية التي أصدرت القرار وحدها لأن طلبات الإلغاء التي توجه إلي القرارات الإدارية تنطوي علي خصومة عينية وتوجه إلي قرار معين بقصد إلغائه، ومن ثم يكفي أن توجه الخصومة إلي الجهات المسئولة عن إصدار القرار وتنفيذه[1].

ثانيا: الأهلية المصلحة:

يجب أن يكون رافع الدعوى متمتعا بالأهلية اللازمة للالتجاء إلي القضاء برفع دعواه إليه وهو شرط وجوبي بالنسبة لمباشرة جميع الدعاوي، ومن ليس أهلا للتقاضي يمكن أن ترفع دعواه نيابة عنه- الولي أو القيم أو الوصي الذي يمثله قانونا.

ويمكننا القول أن الأهلية شرط لصحة إجراءات التقاضي ولكنها ليست شرطا لقبول الدعوى فإذا باشرت الدعوى من هو ليس أهلا لها كانت إجراءات الخصومة باطلة[2] ورغم ذلك فهناك بعض الأحكام قضت بأن شرط الأهلية من شروط قبول الدعوى إذ أنه "لا يكفي لقبول الدعوى أن تخاصم الهيئة التي أصدرت القرار محل المنازعة بل يشترط لقبول الدعوى أن تكون الجهة المدعي عليها قد

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٠/١٢/٩ الطعن ٧٤٧ لسنة ٢١ق.

(٢) لمزيد من التفصيل رادع د./ عبد العزيز خليل بدوي: الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها ١٩٧٠- ص ٨٨- وراجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٣/٤/٢١ قضية ٦١٣/٥٩١ لسنة ٥١ق- المجموعة السنة ١٨ ص ٨٠.

توافرت لها الشخصية الاعتبارية وأهلية التقاضي "كما" لا يكفي لقبول الــدعوى أن يكون الشخص الذي يباشرها ذا حق أو ذا مصلحة أو ذا صفة في التقاضـــي، بـــل يجب أن تتوافر له أهلية المخاصمة لدى القضاء"[1]

الفرع الثاني

طبيعة شرط المصلحة

من المبادئ المقررة في إجراءات التقاضي أمام محاكم القضاء المختلفة أنه "لا دعوى حيث لا مصلحة" وذلك باعتبار أن المصلحة هي الحاجــة إلـــي حمايـــة القانون. وتعتبر المصلحة في دعوى الإلغاء من المسائل الموضوعية التي تختلــف باختلاف طبيعة النزاع وظروفه وباختلاف موقف ذوي الشأن فيه، ومن ثم فهي من المسائل التي تترك للقاضي ليعمل فيها بموجب تقديره.

وقد استقر الفقه والقضاء علي أنه يكفي لقبول دعوى إلغاء القـــرار الإداري توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في هذا الإلغاء، دون حاجة إلي الاستناد إلي حق مكتسب للطاعن تأسيسا علي أن الطعن بإلغاء القرارات الإدارية هو في الحقيقـــة طعن موضوعي عام مبني علي المصلحة العامة، إذ يدور النزاع فيه حول مشروعية القرار المطعون فيه بذاته، ومن ثم كان الإلغاء عينيا ولا يلزم فـــي طلبـــه أن يكـــون الطاعن صاحب حق ذاتي بل يكفي أن يكون ذا مصلحة شخصية ومباشرة فيه.

وإنه إذا كان القضاء يكتفي بشرط المصلحة لقبول دعـــوى الإلغـــاء مـــن رفعها إلي جانب الشروط الأخرى فإن هذا لا يمنع أصحاب الحقوق من رفعهـــا، أو أن تكون مصلحتهم مستندة إلي حق شخصي اعتدي عليه القرار المخالف للقـــانون وذلك " ما دام أن المطلوب من القضاء هو تقرير عـــدم شـــرعية القـــرار والحكـــم بإلغائه دون أن يتجاوز ذلك الحكم مباشرة في موضوع الحق[2]

---

(١) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٦/١٢/٢٤ قضية ١١١٩ لسنة ١٠ ق- المجموعة السنة ١٢ ص ٤٦٧.

(٢) د./ عاطف البنا: الوسيط في القضاء الإداري صـــ ١٣١، ١٣٢.

الفرع الثالث

خصائص المصلحة

لم يشترط المشرع في المصلحة الواجب توافرها في رافع الدعوى بإلغاء القرارات الإدارية، سوى أن تكون مصلحة شخصية، وأضاف الفقه والقضاء علي هذا الشرط أن تكون هذه المصلحة مباشرة ومشروعية. دون الأخذ في الاعتبار أن تكون تلك المصلحة محققة أو محتملة، مادية أو أدبية وبيان ذلك علي النحو التالي:-

أولا: يجب أن تكون المصلحة شخصية Personnel

أشارت المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ إلي المصلحة اللازم توافرها في رافع دعوى الإلغاء يجب أن تكون مصلحة شخصية، فتضمن نصها علي أنه لا تقبل الطلبات من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية، وفي هذا تمييز بين دعوى الإلغاء ودعوى الحسبة.

والمقصود بالمصلحة الشخصية أنها المصلحة المستمدة من مركز قانوني أو الحالة القانونية الشخصية للطاعن، بحيث يؤثر فيها القرار المطعون فيه.

وتطبيقا لذلك فقد توالت أحكام المحكمة الإدارية العليا علي أنه يجب أن تكون المصلحة شخصية، إلا أنه في مجال دعوى الإلغاء، وحيث تتصل هذه الدعوى بقواعد واعتبارات المشروعية والنظام العام فإن القضاء الإداري يوازره الفقه- لا يقف في تفسير شرط المصلحة الشخصية عند ضرورة وجود حق يكون القرار الإداري قد أهدره أو مس به، وإنما يتجاوز ذلك بالقدر الذي يتفق ويسهم في تحقيق مبادئ المشروعية وإرساء مقتضيات النظام العام، بحيث يتسع شرط المصلحة الشخصية عند ضرورة وجود حق يكون القرار الإداري قد أهدره أو مس به، وإنما يتجاوز ذلك بالقدر الذي يتفق ويسهم في تحقيق مبادئ المشروعية وإرساء مقتضيات النظام العام، بحيث يتسع شرط المصلحة الشخصية لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلي القرار المطعون فيه، من

شأنها أن تجعل هذا القرار المطعون فيه، من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثرا في مصلحة جدية له[1].

ولا يقصد بالمصلحة الشخصية اقتصارها علي فرد معين، وإنما توصف المصلحة بأنها شخصية ولو تحققت لعدد كبير من الأفراد، مثل مصلحة المنتفعين بمرفق عام أو ممول الضرائب... الخ[2]

ثانيا: يجب أن تكون المصلحة الشخصية مباشرة Drirect

لا يكفي لقبول دعوى الإلغاء أن تكون مصلحة رافع الدعوى شخصية فحسب، بل يشترط أيضا أن تكون مباشرة، أي يكون المركز القانوني للطاعن قد أثر فيه القرار المطعون فيه تأثيرا مباشرا، وتكمن ضرورية هذا الشرط في ضمان جدية مصلحة الطاعن وهو ما أشارت إليه بعض أحكام القضاء الإداري صراحة بقولها "أنه وإن كان لا يشترط في المصلحة المسوغة لطلب الإلغاء أن تقوم علي حق أهدره القرار الإداري، بل يكفي أن يمس القرار مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية للمدعي، إلا أنه يشترط إلي جانب ذلك أن تكون هذه المصلحة جدية وأن يكون إلغاء القرار الإداري مستهدفا تحقيق هذه المصلحة الجدية..." [3]

ثالثا: يجب أن تكون المصلحة مشروعة Légitim

يشترط الفقه الفرنسي إلي جانب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة أن تكون كذلك هذه المصلحة مشروعة أي مصلحة يقرها القانون، وذلك بأن يتواجد الطاعن في مركز قانوني مشروع غير مخالف للقانون أو للنظام العام أو الآداب.[4]

وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامه بأنه يشترط

---

(١) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٣/١١/١٦ الطعن ٦٩١ لسنة ٢٧ ق المجموعة السنة ٢٩ ص ١٢٥.

(٢) محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٧/٤/١٣ قضية ٤٨ لسنة ٢ ق، المجموعة السنة ٣ ص ٥٧٢.

(٣) محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٣/١/٢٢ قضية ٤٢٨ لسنة ٥ ق، المجموعة السنة ٧ ص ٥٢١.

- والمحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٤/١/٢٦ قضية ٢٥ لسنة ١٤ ق المجموعة السنة ١٩ ص ١٠٠.

(٤) AUBY- DRAGO, op. cit. II, p. ٢٢٩.

لقبول دعوى الإلغاء "أن يكون لرافعها مصلحة قانونية في إقامتها بأن يكون موضوع الدعوى هو المطالبة بحق أو بمركز قانوني أو التعويض عن ما أصاب حقا من الحقوق وأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة وقائمة وحالة"[١]

وبناء علي ذلك فلا يكفي أن يثبت المدعي أن مصلحته في إلغاء القرار المطعون فيه، وإنما يجب بالإضافة إلي ذلك أن تكون المصلحة متطابقة مع تلك التي يريد القانون حمايتها.

رابعا: المصلحة المحققة والمصلحة المحتملة:

توسع مجلس الدولة المصري في قبول دعوى الإلغاء بالنسبة لشرط المصلحة فلم يكتفي علي كون هذه المصلحة محققة وقائمة حالة أو مستقبلية كما هو الشأن في قبول دعاوي القضاء العادي بل قبل رفع دعوى الإلغاء بتوافر المصلحة المحتملة ويفسر الفقه أساس ذلك بأمرين:

١- أن طبيعة دعوى الإلغاء ذات طابع موضوعي وتستهدف تحقيق مصلحة عامة محققة دائما وهي حماية مبدأ المشروعية، وهذا يستلزم فتح أبوابها لأكبر عدد ممكن من ذوي المصالح المشروعية[٢]

٢- إن الميعاد القصير المحدد لرفع دعوى الإلغاء شهرين في فرنسا وستين يوما في مصر- من شأنه أن يهدد بانقضاء هذا الميعاد انتظارا لتحقق المصلحة[٣]، أما أحكام محكمة القضاء الإداري قد توالت علي قبول

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٨٠/١٢/٩ الطعن ٧٤٧ و ٩٢٩ لسنة ٢١ ق، المجموعة السنة ٢٦ ص ١٣٦

(٢) راجع في ذلك أ.د/ مصطفي أبو زيد فهمي: القضاء الإداري سالف الذكر ص ٥٣١.

(٣) راجع في ذلك: د/ سليمان الطماوي: لمرجع سابق ص ٥٢٢، إلا أن أستاذنا أ.د/ سامي جمال الدين ينقد هذا الرأي بأن قال أن هذا التوسع في قبول دعوى الإلغاء بالمصلحة المحتملة لا مبرر له فهذه المصلحة قد تتحقق وقد لا تتحقق وهذا يزيد من العبء الملقي علي القضاء وقد قام سيادته بالرد علي الحجة الأولى بأنها تجعل من دعوى الإلغاء دعوى حسبه أما الحجة الثانية يناقضها أن القضاء الإداري لا يبدأ في حساب ميعاد الطعن بالإلغاء إلا منذ اكتمال شروط قبول الدعوى وأهمها توافر المصلحة لدى رفع الدعوى- لمزيد من التفصيل راجع من ذلك مؤلفه- الدعاوي الإدارية- ٢٠٠٣ منشأة المعارف ص ٨٧، ص ٨٨.

دعوى الإلغاء ولو كانت المصلحة محتملة وهذا ما جاء في أحد أحكامها فإنه "لا يشترط في المصلحة المسوغة لطلب الإلغاء أن تقوم على حق إهداره القرار الإداري بل يكفي أن يمس القرار مصلحة مادية أو أدبية للمدعي ولو كانت مصلحة محتملة"[1].

خامسا: المصلحة الأدبية والمصلحة المادية:

قد تكون المصلحة التي يرمي إليها الطاعن من وراء رفعه دعوى الإلغاء مصلحة مادية وقد تكون مصلحة أدبية أو معنوية. ولذلك استقر القضاء الإداري على أنه "يكفي أن يمس القرار المطعون فيه مصلحة شخصية مادية تكون أدبية فكلتاهما تجري في قيام الدعوى وتصلح لها دعامة وسندا.."[2] كما أن "المصلحة الأدبية تكفي وحدها وإن زالت المصلحة المادية"[3] وأن "توقيت القرار الإداري بمدة معينة لا يعني انتفاء المصلحة في إلغاء بانتهاء مدته لأن لصاحب الشأن مصلحة أدبية أو مادية فغي إلغاء القرار رغم انتهاء مدته لإزالة كل ما كان له من أثر"[4].

---

(١) مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارية السنة السابعة ص ١٣٧٨، وانظر في نفس المعنى حكما لنفس المحكمة في مجموعة السنة الرابعة ص ٣٧٩ بند ١٠٦، وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦١/١٢/٩ في مجموعة العشر سنوات ص ٤٩٠، ومن الأحكام التي رفضت فيها محكمة القضاء الإداري فكرة المصلحة المحتملة راجع- محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٨/١١/٢٤ قضية ١٤٤ لسنة ١ ق، المجموعة السنة ٣ ص ٨٠- وفي ١٩٥٢/٣/١١ قضية ٤٦٧ لسنة ٥ ق، المجموعة السنة ٦ ص ٦٣٨.

(٢) محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٣/٢/٢٢ قضية ٤٢٨ لسنة ٥ ق، المجموعة السنة ٧ ص ٥٢١، والمحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٨/٣/٢٣ قضية ١١٢١ لسنة ١٠ ق المجموعة السنة ١٣ ص ٧١٨.

(٣) حكمها في ١٩٥٥/١/١٨ قضية ١٧١٦ لسنة ٧ ق المجموعة السنة ٩ ص ٢٤٣ كذلك المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٢/١/١٥ الطعن ٢١٢٥ لسنة ٣٦ ق.

(٤) حكمها في ١٩٦١/٢/٧ قضية ٩١٥ لسنة ١١ ق المجموعة السنة ١٥ ص ١٣٦- والمحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٩/١٢/١٥ قضية ٣٧ لسنة ٢٠ ق- المجموعة السنة ٢٥ ص ١٩.

الفرع الرابع

الدفع بعدم توافر المصلحة في دعوى الإلغاء

إذا كنا قد بينا أن دعوى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة ترتبط بضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشرة لدى رافع الدعوى إلا أنه يتبقي لبحث هذا الموضوع نقطتين أولهما يتصل بالوقت الذي يلزم فيه توافر المصلحة الشخصية المباشرة، وثانيهما طبيعة الدفع المتصل بهذا الشرط.

أولا: الوقت اللازم توافر شرط المصلحة فيه:

المستفاد من نص المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أنه يشترط أن تتوافر المصلحة لدى رافع الدعوى قبل الالتجاء إلي القضاء، بمعنى أن المصلحة مناط قبول الدعوى ولكن هل يشترط استمرار بقاء هذه المصلحة إلى وقت الحكم في الدعوى أم أنها شرط لقبول الدعوى فحسب؟

ففي فرنسا: يؤيد الفقه الفرنسي في مجموعه- إلي الاكتفاء بتوافر المصلحة عند رفع الدعوى فقط، أما ما يطرأ عليها بعد ذلك من أحداث قد تؤدي إلي زوالها قبل صدور الحكم فلا يكون له تأثير علي الدعوى من الناحية الشكلية، وعلي القاضي التصدي للموضوع ويفصل فيه(١).

ويضيف الفقه الفرنسي(٢) أن اشتراط توافر المصلحة الشخصية وقت رفع الدعوى هو مجرد ضمان يكفل جدية الدعوى علي أساس أن دعوى الإلغاء تمثل وسيلة عامة تستخدم للدفاع عن المشروعية إلي جانب أنها وسيلة خاصة للدفاع عن الحقوق الفردية.

من ناحية أخرى فإن الطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء وحجية أحكامها في مواجهة الكافة وقصر ميعاد رفعها قد يصرف بعض من لهم مصالح خاصة أو شخصية عن التدخل في الدعوى وبناء علي ذلك فإن القول بعدم متابعة السير في

---

(١) c. e. ٢١/ ٣/ ١٩٥٨, Deteil, L ١٨٩.

(٢) H. BERTHELEMY, Traité El émént aire de droit administratif, ٢ éme éd., ١٩٣٠, p. ١١٩.

الدعوى نتيجة زوال مصلحة رافع الدعوى بعد رفعها يؤدي إلي الأضرار بالمصلحة العامة وإهدارها.

أما في مصر: فقد تضاربت أحكام محكمة القضاء الإداري في هذه النقطة فقد اتجهت في بعض أحكامها إلي "أن المصلحة في إقامة الدعوى تتقرر بحسب الوضع القائم عند رفعها ولا تتأثر بما يجد بعد ذلك من أمور وأوضاع"[1] ، وبذلك يكون "مناط تقدير مصلحة المدعي في الدعوى إنما يتحدد بتاريخ رفعه لدعواه لا بتاريخ صدور الحكم فيها"[2] ورأت في أحكام أخرى أنه "لما كانت المصلحة هي مناط الدعوى فإنه يتعين توافرها وقت رفعها واستمرار وجودها ما بقيت الدعوى قائمة لكونها شرط مباشرة الدعوى وأساس قبولها" فإذا كانت هذه المصلحة منتفية في بادئ الأمر أو زالت بعد قيامها أثناء سير الدعوى، كانت الدعوى غير مقبولة"[3]، وفي أحكام أخرى فرقت هذه المحكمة بين مسألة قبول الدعوى وبين ضرورة استمرار شرط المصلحة كمسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي، وهذا هو بداية وضع المسألة محل الموضوع في نصابها الصحيح ولذلك قضيت بأن "العبرة في قبول الدعوى بتوافر المصلحة يوم رفعها، أما زوال هذه المصلحة أثناء نظر الدعوى وعدم زوالها، فإنه يكون من الأمور الموضوعية التي تنظر فيها المحكمة دون أن يؤدي ذلك إلي عدم قبول الدعوى[4].

أما اتجاه قضاء المحكمة الإدارية العليا فقد اتخذ مذهبا مخالفا لما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي حيث قضت بأنه من الأمور المسلمة أن شرط المصلحة الواجب تحققه لقبول الدعوى يتعين أن يتوافر من وقت رفع الدعوى،

---

(١) حكمها في ١٩٥٥/٣/٢٤ قضية ١٣٢٣ لسنة ٧ ق المجموعة السنة ٩ ص ٣٩٠.

(٢) حكمها في ١٩٩٥/٢/٢٠ قضية ٢٩٤ لسنة ٧ق المجموعة السنة ٩ ص ٣١٣.

(٣) حكمها في ١٩٥٥/٣/٢١ قضية ١٥٦٠ لسنة ٧ ق المجموعة السانة ١٠ ص ٢٩٣.

(٤) حكمها في ١٩٥٠/١/٢٤ قضية ٢٧٩ لسنة ٢ ق المجموعة السنة ٤ ص ٢٤٦، وفي ١٩٥٤/٢/١٤ قضية ١٣٠٧ لسنة ٥ق، المجموعة السنة ٨ ص ٦٥٧ وفي ١٩٥٧/٧/١٧ قضية ١٩٦٣ السنة ١٠ق، المجموعة السنة ١١ ص ٦٤٤.

وأن يستمر قيامه حتى يفصل فيها نهائيا.. [1]

ويؤيد جانب من الفقه هذا المنهج استنادا إلي بعض الاعتبـارات العمليـة بحجة تخفيف العبء عن كاهل القضاء[2] وهناك جانب كبير مـن الفقـه يعـارض الاتجاه الفقهي السابق يري أن الأخذ بمبدأ استمرار المـصلحة حتـى الحكـم فـي الدعوى لا يتفق مع الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء ولا يتسق مع الأهـداف التـي تحققها، فإنه لا يصح أن يترتب علي تخلف المصلحة لدى الطاعن اثر فـي قبـول الدعوى فإنه طالما انعقد الاختصاص للقضاء وقبلت الدعوى أمامه تحتم عليه البـت في موضوعها وأنزل حكم القانون علي القرار المطعون فيه[3].

ومن جانبنا فنحن نؤيد الاكتفاء بتوافر شرط المصلحة عند رفـع الـدعوى فقط ولا يشترط استمرارها حتى الحكم في الدعوى لكون استمرار المـصلحة مـن عدمها حتى صدور الحكم في الدعوى من المسائل الموضوعية التي يختص بشأنها القاضي ولا علاقة بين قبول دعوى الإلغاء وبين استمرار شرط المـصلحة حتـى صدور الحكم في الدعوى وهذا القول هو الأكثر اتساقا مع الأساس القانوني للطعـن بالإلغاء الذي يتبلور في حماية مبدأ المشروعية.

---

(١) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٦/١٢/٢٤ قضية ١٣١ لسنة ٩ ق المجموعة السنة ١٢ ص ٩٣٥، ويلاحظ أن هذه المحكمة في حكمها الصادر في ١٩٦٦/١/١٥ قضية ٨٢٠ لسنة ٧ ق، المجموعة السنة ١١ص ٣١١ قد اقتربت من الفهم الصحيح للمسألة بقولها "فقد انعدمت مصلحة المدعي في الاستمرار في هذه الدعوى، وأصبحت غير ذي موضوع، ويتعين لذلك القضاء باعتبار الخصومة منتهية".

(٢) راجع في ذلك أ. د/ سليمان الطماوي- المرجع السابق ص ٥١٥.

(٣) راجع في ذلك أ. د/ محمد كامل ليلة: المرجع السابق ص ٩٨٩ (الهامش)- وكـذلك أ.د/ محسن خليل. القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارية- الطبعة الثانية ١٩٦٨- ص ٦٧٢. ويؤيد ذلك أن المحكمة الإدارية تذهب إلي عدم قبول ترك الخصومة من جانب المدعي حتى ولو قبل المدعي عليه ذلك، إذا تعلق موضوع الدعوى بالنظام العام، باعتبار أن الحقـوق المتصلة به ينبغي ألا يكون مصيرها متوقفا علي اتفاقـات بـين الأفـراد- حكمهـا فـي ٢٠٠٠/١١/٦ الطعن ١٦٤٨ لسنة ٤٧ق.

ثانيا: طبيعة الدفع بعدم توافر المصلحة في دعوى الإلغاء:

السائد فقها وقضاءا أن الدفع بعدم توافر المصلحة أو انعدامها هو دفع بعدم قبول الدعوى وهو خلاف الدفوع الشكلية وكذلك الموضوعية، ولذلك فإن هذا الدفع لا يسقط بمواجهة المدعي عليه للموضوع، وإنما يملك أثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى، وتطبيقا لذلك قضيت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها أنه "لا يؤثر في هذا الدفع التأخير في إبدائه إلي ما بعد مواجهة موضوع الدعوى لأنه من الدفوع التي لا تسقط بالتكلم في الموضوع، ويجوز إبداؤه في أية حال تكون عليها الدعوى"[1]

المطلب الثالث

ميعاد رفع دعوى الإلغاء

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ علي أن "ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوما من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به"[2]

وإذا كان من الأجدر بالمشرع أن يترك دعوى الإلغاء لتباشر في أي وقت دون تقييدها بزمن معين ما دام حق المدعي قائما ولم يسقط بمضي المدة، إلا أن هناك عدة اعتبارات دعت المشرع إلي تقييد دعوى الإلغاء بهذا الميعاد سالف الذكر، فمن ناحية أن إخلال الإدارة بقواعد القانون الملزمة من خلال قراراتها الإدارية يستتبع بطلان هذه القرارات غير المشروعة، وعدم تقادم دعوى البطلان إعلاء لكلمة المشروعية، ومن ناحية أخرى تبدو المصلحة العليا في ضرورة تحقيق

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في مجموعة السنة الثالثة ص ٤٨٨ بند م ١٣٢، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مجموعة السنة ١٢ بند ٤٤ ص ٤٥٩.

(٢) في فرنسا حدد نص المادة الأولى من القانون الصادر في ١١ يناير ١٩٦٥ في فقرتها الأولى علي أنه "فيما مسائل الأشغال العامة، جميع الدعاوي التي ترفع أمام القضاء الإداري يجب رفعها خلال شهرين من إعلان القرار المطعون فيه أو من نشره".

الاستقرار للقرارات الإدارية وعدم تركها مستهدفة للطعن بدعوى الإلغاء.[1]

وتأسيسا علي ما تقدم رأي المشرع ضرورة التوفيق بين المصالح المتباينة سالفة الذكر، وذلك بتفادي إطالة ميعاد رفع الدعوى بصورة تستمر معها أعمال الإدارة مهددة بالطعن فيها بالإلغاء، مع إتاحة الفرصة المعقولة لصاحب الشأن ليدرس القرار ويحدد موقفه منه إما بقبول وإما بالالتجاء إلي طريق الطعن فيه.

وقد احتاط القضاء الإداري من ما يترتب علي فوات ميعاد الطعن بالإلغاء من وجود قرارات إدارية غير مشروعة قد تضر بمصالح الأفراد، لذلك أوجد سبلا أخرى للطعن عليها للنيل من أثار هذه القرارات بعد تحصينها، ومن قبيل ذلك الدفع بعدم مشروعيتها لاستبعاد تطبيقها علي نزاع معين فالدفوع لا تتقادم، وأبقي دعوى المسئولية عن الأضرار المترتبة علي هذه القرارات فهي لا تخضع في مصر علي عكس فرنسا- لنفس ميعاد دعوى الإلغاء.

وقد استقر الفقه والقضاء الإداري علي أن ميعاد الستين يوما ميعاد سقوط بمعني أن الحق في الطعن في القرار الإداري لا يتم إلا بإيداع الطعن إدارة كتاب المحكمة خلال هذا الميعاد، كما أن ميعاد الطعن بالإلغاء من النظام العام، ويترتب علي ذلك أنه لا يجوز الاتفاق علي مخالفته بالإضافة إلي أن الدفع الخاص به يثار في أي حالة تكون عليها الدعوى، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ولو لم تدفع به جهة الإدارة. يلزم لبدء احتساب مدة سريان ميعاد الطعن بالإلغاء، ومن ثم لقبول الدعوى توافر شرطين هما:

أ- أن يتواجد صاحب الشأن في مركز قانوني يجعل له مصلحة شخصية في

---

(1) من أحكام المحكمة الإدارية العليا الحديثة في هذا الشأن، ذلك الحكم الصادر في ١٩٩٥/٤/٢٩ والذب تبين فيه الحكمة من تقييد رفع دعوى الإلغاء بذلك الميعاد القصير في قولها..' ومرد ذلك إلي الحرص علي عدم زعزعة المراكز القانونية الذاتية المستقرة التي اكتسبها أربابها بمقتضي تلك القرارات. (الدائرة الثانية، الطعن رقم ١٥٨٧ لسنة ٣٣ق مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة الأربعون، العدد الأول يناير- مارس ١٩٩٦ ص ٢٠٩، ٢١٠، وراجع كذلك حكم محكمة القضاء الإداري قضية رقم ١٠٨١ لسنة ٧ق جلسة ١٩٥٩/١١/٢٤.

الطعن ضد القرار.

ب-أن يتحقق العلم بالقرار الإداري المطعون فيه بأي من وسائله (بالإعلان أو النشر أو العلم اليقيني).

وينقطع ميعاد رفع دعوى الإلغاء باتجاه أي إجراء ينم علي الاتجاه نحو اتخاذ إجراء قطاع لرفع هذه الدعوى وتتلخص الإجراءات القاطعة لهذا الميعاد علي النحو التالي:

أ- التظلم من القرار الإداري إلي الجهة الإدارية مصدر القرار أو للجهات الرئاسية، وقد يكون التظلم وجوبيا لقبول دعوى إلغاء بعض القرارات الإدارية كما قد يكون اختياريا.

ب-طلب الإعفاء من الرسوم القضائية.

ت-رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة.

ث-رفع الدعوى علي غير ذي صفة.

ج- اعتراض الجهة الإدارية علي القرار.

ويقف هذا الميعاد بثبوت قيام القوة القاهرة مثل وقوع حرب أو فيضان مدمر أو كارثة طبيعية.

أما عن حالات امتداد ميعاد الطعن بالإلغاء فهي تتمثل في القرارات المستمرة التي تحدث آثارها بصفة متجددة وقائمة إلي أن تنتهي بطريقة أو بآخر من طرق انقضاء القرارات الإدارية المقررة قانونا، وأكثر التطبيقات شيوعا في القضاء الإداري للقرارات المستمرة هي القرارات السلبية بالامتناع عن اتخاذ موقف معين أو إصدار قرار محدد، كان علي الإدارة أن تتخذه وفقا للقوانين واللوائح، وشرط ألا يكون المشرع قد حدد مدة معينة يتعين علي الإدارة خلالها أن تتخذه، حيث يعد الامتناع في هذه الحالة الأخيرة بمثابة قرار بالرفض (كما في بعض حالات التظلم) أو الموافقة (كما في حالة استقالة الموظف العام). كما يمتد ميعاد الطعن بالإلغاء في القرارات المعدومة وهي التي افتقدت ركن الإرادة في القرار الإداري أو شابها عيب جسيم من عيوب المشروعية، ويلحق بالقرارات

المنعدمة ما يصدر عن الإدارة من قرارات تقوم علي غش أو تدليس من صـــاحب الشأن فمثل هذه القرارات لا تتقيد بميعاد رفع دعوى الإلغاء[1].

ونضيف إلي ما تقدم من الحالات التي لا تتقيد بميعاد الطعن بالإلغاء إلـــي جانب القرارات المستمرة والقرارات المنعدمة (دعوى بطلان العقد الإداري):

تعد دعوى إعلان بطلان العقد من دعاوي القضاء الكامل، ومن ثم فإنها لا تقبل إلا من أطراف العقد فقط، أي أن الغير يعتبر غير ذي صـــفة بالنـــسبة لهـــا، وقبول هذه الدعوى من أطراف العقد لا يتوقف علي استصدار قـــرار ســـابق، ولا علي مدة زمنية معينة يجب أن ت ربع خلالها فهي جائزة ومقبولة ما بقـــي العقـــد قائما بين أطرافه. [2]

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي لنفسه بحق إعلان بطـــلان العقـــد الإداري كعوض عن إنكاره الحق في إلغاء ذلك العقد علي غرار إلغائه للقرارات الإداريـــة ما عدا الدعاوى المرفوعة من المحافظ ضد العقود الإدارية التي تبرمهـــا الهيئـــات المحلية والتي نشأت لأول مـــرة بقـــانون ٢ مـــارس ١٩٨٢ والـــذي قـــرر نظـــام اللامركزية الإدارية في فرنسا دون اشتراط القرار السابق لقبولهـــا[3] ويلاحـــظ أن

---

(١) لمزيد من التفصيل في هذه النقطة يراجع في ذلك أ. د/ رمزي الشاعر: تدرج البطلان فـــي القرارات الإدارية ١٩٦٨- ص ١٥٢، وكذلك د./ عبد الفتـــاح حـــسن- انعـــدام القـــرار الإداري- يعلق علي حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢١ من نوفمبر ١٩٥٩ منشور بمجلة العلوم الإدارية السنة الثانية في شهر ديسمبر سنة ١٩٦٠ ص ١٧١.

(٢) V. C. E. Sect. ٩ Juillet, ١٩٣٧, comm. D' Arzon, Rec. p. ٦٨٠: T. A. paris, ٢١avril, ١٩٧١. Ville de parise, A. J. D. A. ١٩٧٢, p. ١٦٤١ note p. God frin: T. Aversailles, ١٢ december. ١٩٩١. Comm. de Gousszinille. C. J. E. G ١٩٩٢ , p. ١٢٦ T. A Versailles ٢٤ mars, ١٩٩٤, préfet de l' Essonne, C. J. E G ١٩٩٤, p. ٥٥٢, Concl. X. pretot.

لمزيد من التفصيل راجع د./ رأفت فودة- النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغـــاء- دراســـة مقارنة- ١٩٩٨- دار النهضة العربية- ص ٧٣، ص ٧٤.

(٣) V.T.A. Poitiers. ٩ nov. ١٩٨٣, préfet de la vienne, L.P.A. ٨ juillet. ١٩٨٤, P. ١٣. Npte G.Melleray; C.E. ٨ janv. ١٩٩٢. préfet des Yvelines. R.D.P. ١٩٩٢.p. ١٥٦٧. R.F.D.A. ١٩٩٣, P. ٢٤٧.concl.P.M. pochard, C.E. ٢٨ juillet, ١٩٩٥, Soc. De gérnance jeanne d'Arc. J.C.P. ١٩٩٦no: ٢٢٥٧٧,

سلطة القاضي في دعوى تقرير بطلان العقد الإداري تنحصر في التقرير بـــبطلان العقد إلا أنه لا يملك إلغاءه.

خلاصة:

إذا كنا قد تناولنا بصفة عامة القواعد والأحكام الخاصـــة بميعـــاد الطعـــن بالإلغاء علي القرارات الإدارية المشوبة بأحد أوجه البطلان التي تـــصيب القـــرار الإداري، أما ونحن بصدد بحثنا عن العقد الإداري وقضاء الإلغاء فإنـــه ينبغـــي أن يستقي من هذه القواعد ما يتسق مع القرارات القابلة للانفصال عـــن العقـــد الإداري التي يطعن عليها بالإلغاء، فالعلمية التعاقدية تتكون من مجموعة من القرارات كـــل منها مبني علي الآخر، وكل قرار منها سواء كان سابقا علي التعاقد أو في مرحلـــة الإبرام ذاتها أو التنفيذ أو الإنهاء يقبل الانفصال عن هذه العملية يقبل الطعن عليـــه بالإلغاء ومن ثم يخضع للقواعد التي تنظم الميعاد القانوني لدعوى الإلغـــاء بـــصفة قرارا إداري نهائي بما لا يخل بنظرية العقود الإدارية.

note V.Halm, R.D.P.١٩٩٦, P. ٥٦٩, concl.S.fratacci.

المطلب الرابع

انتفاء طريق الطعن الموازي

L'absence de recours paralléle

ومدي تطبيقها بصدد منازعات العقود الإدارية

تمهيد:

استقر مجلس الدولة الفرنسي منذ عهد غير قريب علي عدم قبول دعــوى الإلغاء إذا ما كان في وسع المدعي أن يلجأ إلي طريق قضائي آخر يحقق له نفــس النتائج التي ترتبها دعوى الإلغاء سواء كان هــذا الطريــق دعــوى Le recours Parallele فهذه النظرية من اختلاق مجلس الدولة الفرنــسي ولــيس لهــا ســند تشريعي، والذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلي تقريــر هــذه النظريــة اعتبــاران أساسيان هما:

أولهما: أنه في الوقت الذي تحول فيه قوانين إنشاء مجلس الدولــة ولايــة إلغاء القرارات الإدارية النهائية فإن هناك بعض القوانين خولــت جهــات قــضائية سواء كانت عادية أو محاكم إدارية أخرى الاختــصاص فــي تقــدير مــشروعية القرارات الإدارية[1] ويكون الطعن أمامها محققا ذات النتائج التي تحققهــا دعــوى الإلغاء لذلك وصفت دعوى الإلغاء فــي ذلــك الوقــت بأنهــا دعــوى احتياطيــة Recours- Subsidiaire بمعني أنه لا يتم اللجوء إليها طالما نظم المشرع دعوى قضائية أخرى يتوقي المدعي من خلالها أثار القرار المعيب.

ومثال علي ذلك في حالة دعاوى الضرائب والرسوم يجــوز للممــول إذا رأي أن الإدارة قد جبت منه مبلغا ما بدون وجه حق أن يلجأ إلي القاضي المختص وهو غير مجلس الدولة ليطلب استرداد ما دفع بدون وجه حق أو لإنقــاص القيمــة المطلوب أداؤها دون الالتجاء إلي دعوى الإلغاء والتي ترفع أمام مجلس الدولة.

---

(١) حدثت هذه المشاركة في الاختصاص منذ صدور حكم المجلس في ١٨٦٢/١٢/٢٦ في قضية Larbaud .

والاعتبار الثاني: فهو يتعلق بالناحية العملية الذي مرده التخفيف عن عاتق المجلس وخاصة بعد أن أصبحت دعوى الإلغاء أداة شعبية لرقابة أعمال الإدارة فقد تضخمت عدد القضايا أمام مجلس الدولة لا سيما بعد تقرير الإعفاء من الرسوم القضائية وعدم اشتراط تقديمها عن طريق محام لذلك سار المجلس في البداية إلي أن وجود طريق طعن قضائي مقابل يعتبر سببا للدفع بعدم قبول الدعوى أمامه. (١)

وهذا هو الوضع في فرنسا سابقا أما حاليا فإن اتجاه الفقه الفرنسي بدأ يضيق من هذا النطاق حتي كاد أن يختفي والحكمة من ذلك ترجع إلي المحافظة علي توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية وبين مجلس الدولة.

أما في مصر:

فلم تشير القوانين المتعاقبة لتنظيم مجلس الدولة في أي من صياغاتها الخمس إلي نظرية الدعوى الموازية كشرط من شروط قبول دعوى الإلغاء مثلما حدث في فرنسا، وهذا ما دعا بعض الفقهاء إلي القول بعدم وجود لنظرية الدعوى الموازية في مصر، وسندهم في هذا القول ما كان قبل عام ١٩٧١ الذي صدر فيه الدستور الحالي، وما قرره من ولاية عامة للقضاء الإداري بصدد المنازعات الإدارية. (٢)

إلا أن هناك اتجاه فقهي آخر يري أن هناك مجالا لتطبيق نظرية الطعن المقابل في مصر بنفس الشروط والأوضاع التي قررها مجلس الدولة الفرنسي، ويدللون علي صحة اتجاههم ببعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة بالاستناد

---

(١) راجع في هذه النظرية أ.د/ محمود حافظ- نظرية الدعوى الموازية في القانون الفرنسي- مجلة القانون والاقتصاد- عدد مارس ١٩٥٩ صـ١٥: صـ١٣٢، وراجع كذلك.
GUILIEN- L'exception de recours Paralléle- these Paris. ١٩٣٤
Dejardin.١.Evelution de latheorie du recours Paralléle these montpellier ١٩٣١J.Rivere Droit adminni stratif precis وراجع كذلك Dalloz-١٩٧٠-p.٢٢٦.

(٢) راجع أ.د/ محمد فؤاد مهنا- الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة – ١٩٥٦ صـ٢٧٤ وكذلك أ.د/ محمود حافظ – القضاء الإداري – طبعة ١٩٦٦ صـ٥١٦، وكذلك أ.د/ فؤاد العطار- القضاء الإداري- ١٩٦٨ صـ٥٦٢، وأ.د/ مصطفي أبو زيد فهمي القضاء الإدارية طبعة ١٩٦٨ صـ٧٠٣، ود/ طعيمة الجرف رقابة القضاء لأعمال الإدارة طبعة ١٩٧٠ – صـ٣٣٧.

إلي هذه النظرية[1] وأخذت بها كشرط من شروط قبول دعوى الإلغاء.

ويضيفون أن هناك تطبيقا لنظرية الطعن الموازي حالة إذا نظم المشرع طريقا للطعن في القرار المعيب ومنحه للاختصاص لجهة قضائية أخري ذات اختصاصات أوسع من قضاء مجلس الدولة فيما يتعلق بالإلغاء مثل المنازعات المتعلقة بالمعارضة في قرارات للجان الجمركية[2] والمنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة من لجان الضرائب[3].

ونحن حينما نبحث عن الأساس القانون لنظرية الدعوى الموازية في مصر نجد أنه ما هو إلا تطبيقا لقواعد الاختصاص بين مجلس الدولة والقضاء العادي، وليست كنظرية قائمة بذاتها، ويسري ذلك كشرط عام بالنسبة لجميع الدعاوى التي جعلها القانون من اختصاص مجلس الدولة سواء اتصل الأمر بدعاوى الإلغاء أو غيرها من الدعاوى[4].

وهكذا انتقلت فكرة الدعوى الموازية إلي مرحلة الاختصاص بنظر الدعوى بعد أن كانت تتصل بشروط قبول الدعوى، وأصبح الدفع المتعلق بها أمام المحاكم هو الدفع بعدم الاختصاص، وليس الدفع بعدم قبول الدعوى وصار اشتراط انعدام طريق الطعن المقابل مجرد تطبيق عادى لقواعد الاختصاص المستقرة.[5]

---

(١) من الفقهاء الذين قالوا بهذا الرأي أ.د/ عثمان خليل- مجلس الدولة الطبعة ٤ – ١٩٥٦ صـ٣٣٥، وكذلك مرجعه" مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة طبعة ١٩٦٢ صـ٤١٥ وما بعدها، أ.د/ مصطفي كامل- مجلس الدولة ١٩٥٣ صـ٢٥٧ وراجع كذلك أحكام محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٧/٢/٢٤- مجموعة محمود عمر- جزء ١ صـ٥٥١ وفي ١٩٥٣/٦/٢٣- قضية ٦٦٥ لسنة ٦ ق المجموعة السنة ٧ صـ١٧٠٠.

(٢) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٧/٦/٣٠- السنة ١١ ق صـ٦٣٤.

(٣) رادع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٠/٤/١٨- السنة ٤ ق صـ ٦١٣.

(٤) من هذا الرأي أستاذنا الدكتور/ محمود سامي جمال الدين – في مرجعه المنازعات الإدارية طبعة ١٩٩١ صـ ٨١، وكذلك أ.د/ طعيمة الجرف – المرجع السابق صـ ١٧٥.

(٥) من الفقهاء الذين يرون أن شرط انتفاء طريق الطعن الموازي علي أساس فكرة الاختصاص أ.د/ سليمان الطماوى- دروس في القضاء الإداري طبعه ١٩٧٦ صـ١٩٧، وكذلك أ.د/

نطاق تطبيق نظرية الدعوى الموازية بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري:

سبق أن بيننا أن ميلاد العقد الإداري يمر بعدة مراحل متعددة الإجـــراءات والقرارات، فهناك القرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارة بإرادتها المنفــردة قبل مرحلة الإبرام، وأثناء هذه المرحلة، وأثناء تنفيذ وإنهاء العقد المــذكور، وهــذه القرارات تسمي بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية.

وهنا يجب ملاحظة أنه إذا كانت المنازعات التي تتعلــق بالعقــد الإداري تدخل في اختصاص القضاء الكامل فإن القرارات الإدارية المنفــصلة عــن العقــد الإداري تخضع عند الطعن عليها إلي دعوى الإلغاء، ويأتي هنا السؤال حول مــدي اعتبار دعوى الإلغاء من قبيل الدعوى الموازية بالنسبة لدعوى القــضاء الكامــل؟ الإجابة علي هذا السؤال نأتي باتجاه كل من مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولــة المصري نحو هذا الموضوع.

بالنسبة لفرنسا فقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر إلي اعتبار المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية بمثابة دعوى موازية تحول دون قبول الطعــن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، ثم تطور قضاء المجلس ســالف الذكر بان تحول عن الاتجاه السابق[1] قــضي بقبــول الطعــن بإلغــاء القــرارات المنفصلة، وعدم اعتبار الطعن في العقد بمثابة دعوى موازيـــة تحــول دون قبــول الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عنه لكون الطريق المقابــل أو المــوازي لا يحقق عين النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء بما لحكمها من حجــة علــي الكافــة، وإعدام القرار الإداري المخالف للقانون.

أما في مصر فإن مجلس الدولة المصري كما سبق أن بينا يعتبــر فكــرة الطعن الموازي من قبيل توزيع الاختصاص بينه وبين القضاء العادي، والدفع بهــا

كامل ليلة- الرقابة علي أعمال الإدارة طبعة ١٩٧٠ صـــ١١٤٢.

(١)راجع في ذلك موقف مجلس الدولة الفرنسي وأحكامه العديدة في هذا الصدد في مؤلف للفقيه:

Guillien عن: L’exception de recours parallele P.١٩٧-٢٠٠.

ليس دفعا بعدم القبول بل دفع بعدم الاختصاص.

وفي ذلك ذكرت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها قائلة" أنه يكفي لكي يخرج النزاع عن اختصاص مجلس الدولة أن يكون المشرع قد عهد بهذا الاختصاص إلي جهة قضائية أخرى[1].

أما محكمة القضاء الإداري فقد ترددت في بداية الأمر حول مدي اعتبار الدعوى الموازية شرطا من شروط قبول دعوى الإلغاء أم أمرا يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي. [2] وقد اعتبر مجلس الدولة المصري نفسه صاحب الاختصاص الطبيعي كقاضي إلغاء، وذلك فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة الصادرة بمناسبة عمليات مركبة. [3]

أما بالنسبة للالتجاء إلي لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها والتي صدر بتنظيمها القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ لا تعتبر من قبيل الطعن القضائي الموازي لأنها لا ترتب ذات النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء إلا إذا اتفق الطرفان علي الارتضاء بقرار اللجنة.

وبناء علي ما تقدم فإن فكرة الدعوى الموازية لا تعتبر شرط من شروط قبول دعوى الإلغاء بل هي فكرة ترتبط بأحكام الدفع بعدم الاختصاص، ومن ثم فلا يتصدى مجلس الدولة لنظر منازعات جعلها القانون من اختصاص جهة قضائية أخري، أما بالنسبة للعمليات الإدارية المركبة كما هم الشأن في الانتخابات المحلية والعقود الإدارية وفي فرض الرسوم وتحصيلها فهذه العمليات الإدارية تحتوى علي

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٥٤٦ لسنة ٩ق والقضية رقم ١٣٦٤ لسنة ١٠ق مجموعة المحكمة الإدارية العليا السنة الثانية عشر صـ٦٧٩.

(٢) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٣ من يونيه سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ٦٦٥ لسنة ٦ ق مجموعة المجلس السنة السابعة صـ١٧٠٠ وما بعدها. وكذلك حكم ذات المحكمة الصادر في ٢٤ من يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المجلس السنة التاسعة صـ٢٥٦.

(٣) علي سبيل المثال حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٩/٤/١٤ السنتان ١٢، ١٣ ق صـ ١٨٩.

قرارات إدارية كاملة فلكل ذي مصلحة أن يتقدم بطلب إلغائها إلي مجلس الدولة دون أن يكون ذلك تعدي علي اختصاص الجهات القضائية الأخرى مثل القرارات الصادرة بطرح مناقصة أو مزايدة أو بإرساء مزاد أو بإباحة تعاقد، ففي جميع هذه الحالات يلغي القرار بذاته مستقلا عن العملية الإدارية ويترك للجهة القضائية المختصة سائر المنازعة.

المطلب الخامس

العرض علي لجان التوفيق

رغبة في التيسير علي المواطنين من أجل الحصول علي حقوقهم في أسرع وقت تحقيقا للعدالة المنجزة التي يجب أن تساير الحياة السريعة والمتطورة التي لا تتواءم مع بطء إجراءات التقاضي فقد أصدر المشرع القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان للتوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها.

والواقع أن نظام التوفيق يتواكب مع مبادئ وأحكام الدستور الذي كفل حق التقاضي لكل مواطن، كما يتمشى نظام التوفيق مع أحكام الدستورية العليا.

ويلاحظ أن نظام التوفيق يختلف عن نظام الاتفاق علي التحكيم الذي يتم باتفاق الطرفين علي الالتجاء إلي التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية. أما التوفيق فهو محاولة لفض النزاع بطريقة ودية قبل وصولها إلي القضاء فهو أقرب إلي الصلح الذي تحسم به المنازعة بتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن جانب من حقوقه مقابل تنازل الطرف الآخر حتي يمكن الوصول إلي اتفاق يرتضيه المتنازعان. وبعد أن بينا جوهر ومغزى نشأة لجان التوفيق في المنازعات نبحث في عرض مختصر لماهية المنازعة التي تنظرها لجان التوفيق، وأثر عدم اتباع طريق التوفيق في المنازعات التي حددها النص، ومدي حجية التوصية التي تصدرها اللجان.

أولا: المنازعات الإدارية الخاضعة لاختصاص لجان التوفيق

أخضع المشرع في قانون لجان التوفيق سالف الذكر جميع المنازعات الإدارية لشرط العرض أولا علي هذه اللجان طبقا لصريح نص المادة الأولي سالفه الذكر، وإن كان قد ورد بعد ذلك في المادتين الرابعة والحادية عشرة بعض الاستثناءات علي هذا الاختصاص حيث أخرج بعض المنازعات من نطاق اختصاص تلك اللجان،منها ما يتصل بالمنازعات الإدارية ما يلي:

١- المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفا فيها.

٢- المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية إذا كان لها صفة المال العام.

٣- المنازعات التي تفردها القوانين بأنظمة خاصة أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر التظلمات المتعلقة بها عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق علي فضها عن طريق هيئات التحكيم.

٤- طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ.

ولما كانت دعوى الإلغاء مقررة بالقطع في منازعة إدارية حول مشروعية القرارات الإدارية، فإنها تخضع بالتالي للنظام القانوني الذي أتي به قانون إنشاء لجان التوفيق أو كما يطلق عليه الفقه أحيانا لجان فض المنازعات[1].

ويلاحظ أنه يتعين تقديم طلب التوفيق بصدد القرارات الإدارية الأخرى التي لا يشترط سبق التظلم الوجوبي منها خلال ميعاد الستين يوما المقررة للطعن بالإلغاء إلا إذا كانت هذه الطلبات تتعلق بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليه دون إلغائها.

---

(١) راجع في تفضيلات هذا القانون: المستشار/ عبد الرحيم علي: قانون لجان التوفيق في بعض منازعات الدولة- ٢٠٠٠، وكذلك الدكتور/ عمرو أحمد حسبو: لجان التوفيق في المنازعات- ٢٠٠١، والدكتور/ جابر جاد نصار: التوفيق في بعض منازعات الدولة – ٢٠٠٢.

ثانيا: الآثار المترتبة علي تقديم طلب التوفيق، وعلي عدم تقديمه:

يترتب علي تقديم طلب التوفيق تصدي اللجنة لموضوع المنازعة الإدارية وإصدار توصية فيها في ميعاد لا يجاوز ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب/ غير إنه بصدد دعوى إلغاء القرارات الإدارية يتعين ملاحظة أن القانون رتب الآثار التالية:

١- وفقا للمادة العاشرة من القانون سالف الذكر يترتب علي تقديم طلب التوفيق إلي اللجنة المختصة وقف المدد المقررة قانونا لسقوط وتقادم الحقوق أو لرفع الدعوى خلالها.

٢- وفقا للمادة الحادية عشرة من القانون تنظيم لجان التوفيق المشار إليه سابقا" لا تقبل الدعوى التي ترفع ابتداء إلي المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلي اللجنة المختصة وفوات الميعاد المقرر لإصدار التوصية أو الميعاد المقرر لعرضها دون قبول وعليه فإن الأثر المترتب علي رفع دعوى الإلغاء دون أن يسبقها تقديم طلب التوفيق خلال ميعاد الطعن يتمثل في الحكم بعدم قبول الدعوى لعدة سابقة طلب التوفيق، وكذلك الأمر إذا تم رفع الدعوى قبل فوات المواعيد المقررة لنظر طلب التوفيق وإصدار التوصية بشأنه(٦٠ يوما) والميعاد المقرر لعرضها دون قبول (٢٢ يوما).

ومن الجدير بالذكر أن جهات الإدارة تشمل الوزارات والمحافظات والهيئات العامة والأشخاص الاعتبارية العامة، وقد تنشأ المنازعة بين إحدى هذه الجهات وبين فرد عادي أو شخص اعتباري خاص كشركة تضامن أو توصية بسيطة علي سبيل المثال.

ويلاحظ أنه يجوز أن تقدم طلب العرض علي اللجنة المذكورة ضد الأفراد أي بمعني يجوز أن تكون الحكومية أو الجهة الإدارية هي المدعية حيث جاء نص المادة سالفة الذكر متضمنا المنازعات التي تكون الجهات الحكومية طرفا فيها فهو لم يقطع بأن تكون الحكومة هي مدعي عليها أو مدعية.

ثالثا: مدي حجية التوصية الصادرة من لجان التوفيق في المنازعات

سبق لنا البيان أن اللجنة سالفة الذكر تصدر توصيات غير ملزمة بحيث يجوز لصاحب الشأن إذا رفضها أن يلجأ إلي القضاء المختص لكي تكتسب هذه التوصية القوة الملزمة للأحكام إذا توافرت شروط ثلاثة هي:

١- أن تعتمد السلطة المختصة هذه التوصية.

٢- أن يقبلها الطرف الآخر(صاحب الطلب) وأن تكون موافقته عليها كتابية.

٣- أن يتم كل ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ عرض التوصية.

ويترتب علي ذلك أن الجهة الإدارية تلتزم بتنفيذ ما جاء بالتوصية إذا توافرت فيها الشروط سالفة الذكر، فإذا رفضت أو امتنعت عن التنفيذ اعتبرت كأنها ممتنعة عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ، ومن ثم يستطيع صاحب الشأن أن يتخذ الإجراءات الجنائية ضد المسئول الإداري بهذه الجهة أو الممثل القانوني طبقا لنص المادة ١٢٣ من قانون العقوبات ويستطيع أن يقيم جنحة مباشرة ضد هذه الجهة للامتناع عن تنفيذ التوصية لكون أخذت شكل الحكم القضائي بقوة القانون.

خلاصة ما تقدم:

بتطبيق ما تقدم من أحكام علي موضوع بحثنا، وهي المنازعات الإدارية المتعلقة بالعقد الإداري وبصفة خاصة الشروط الخاصة بقبول النظر في دعوى الإلغاء. نجد أنه إذا لم يلجأ أحد طرفي في العقد سواء الإدارة أو المتعاقد معه بصدد نزاع قام بينهما بشأن العملية التعاقدية عدا ما استثناه المشرع من بعض الدعاوى التي لا يستوجب فيها اللجوء إلي لجان فض المنازعات أولا علي النحو سالف الذكر، فإن الدعوى لا تقبل أمام المحكمة المختصة ويجوز لذوي الشأن طلب فتح باب المرافعة لتقديم طلب اللجوء إلي لجان فض المنازعات لتصحيح إجراءات سير الخصومة، ولمحكمة سلطة تقديرية في إجابة الخصم إلي طلبه من عدمه[1].

---

(١) راجع في ذلك د/ علي عوض حسني- التعليق علي القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن التوفيق في المنازعات ص ٥٦، ص٥٧- لسنة ٢٠٠١.

المبحث الثاني

مدي جواز الطعن بالإلغاء قبل منازعات العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم:

إذا تطرقنا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي لبيان مدي جواز الطعن بالإلغاء علي المنازعات التي تنشأ بصدد العقد الإداري نجد أن هذا القضاء مر بمـرحلتين فـي ذلك:

المرحلة الأولي:

نفي قضاء مجلس الدولة إمكانية الطعن بالإلغاء علي المنازعـات التـي تـنشأ بصدد العقود الإدارية.

وقد كان القضاء يؤسس رفضه هذا علي حجتين أساسيتين:

الحجة الأولي:

إن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلي العقود لأن من شروط دعوى الإلغـاء أن توجه إلي قرار إداري، والعقد يختلف تماما في مفهومه عن القرار الإداري.

الحجة الثانية:

إنه في مجال دعوى الإلغاء لا يمكن الاستناد إلي مخالفـة الإدارة لالتزاماتهـا التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز قبول النظر في طلب إلغاء القرار الإداري.

بالإضافة إلي ما تقدم وجود نظرية الطعـن المـوازي Recours- Paralléle فوجود طعن موازي يختص النظر في المنازعات التي تنشأ بـصدد العقـد الإداري ألا وهو قاضي العقد (القضاء الكامل) فذلك يلغي الالتجاء إلي دعوى الإلغاء.

وظل مجلس الدولة الفرنسي يطبق قاعدة عـدم جـواز خـضوع المنازعـات الخاصة بالعقود الإدارية لدعوى الإلغاء حتى مطلع القرن العشرين[1].

---

(١) كشف عن ذلك الاتجاه بوضوح ما أورده مفوض الدولة" دافيد" في تقرير المقدم في قـضية institut Cotholique de lille وقد صدر الحكم في هذه القـضية بتـاريخ ١٨٧٧/٣/٢

المرحلة الثانية:

في مطلع القرن العشرين بدأ مجلس الدولة الفرنسي التخفيف من حدة مسلكه سالف الذكر، وكانت نقطة الانطلاق في هذا الشأن هي نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري. فأصبح مجلس الدولة لا ينظر إلي العملية التعاقدية ككل مترابط غير قابل للانقسام، ولكن أصبح ينظر إلي القرارات الداخلة في هذه العملية (العملية التعاقدية) كوحدات يمكن عزلها وفصلها عنها، والنظر فيها علي حدة وعلي استقلال عن باقي المكونات الأخرى للعملية العقدية، وعن القرار النهائي الرئيسي فيها.

وقد تجسد هذا الاتجاه بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في عام ١٩٠٣.

في هذا الحكم طبق فكرة القرارات القابلة للانفصال عن العقد، وقبل الطعن علي انفراد في بعض القرارات المتعلقة بعملية التعاقد، استقلالا عن العملية ذاتها وحتى دون انتظار صدور القرار النهائي فيها، وكان الطعن في هذا الحكم متعلقا بقرارات إبرام العقد.

وتبلور ذلك الاتجاه نحو الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء علي المنازعات التي تنشأ بصدد العقد الإداري نهائيا في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٠٥/١٢/٢٩ " في قضية Martin " فقد قبل المجلس في هذه الدعوى الطعن علي القرار الإداري الصادر بالتصريح بمنح امتياز لإحدى شركات الترام، برغم أن هذا القرار يندرج في عقد الامتياز الذي تدخل المنازعة بشأنه في اختصاص مجالس الأقاليم[1].

مؤيدا لرأي مفوض الدولة المذكور.

(١) راجع في ذلك حكم المجلس الصادر في ١٩٠٣/١٢/١١ في قضية Commune de Gorre والحكم الصادر في ١٩٠٤/٤/٢٢ في قضية Commune de Villers Surmer والحكم الصادر في قضية Commune de Messe الصادر في ١٩٠٤/٥/٢٩ – في مجموعة سيري لسنة ١٩٠٦ صـ٤٩ مع تعليق " هوريو".

ومنذ ذلك التاريخ ومجلس الدولة الفرنسي مستقر علـي قبـول الطعـن علـي القرارات الإدارية التي تسهم في تكوين العقد،كالقرارات الـصادرة بـالترخيص أو الموافقة علي إجراء التعاقد(١).

ومن الأحكام التي قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغـاء فـي القـرارات القابلة للانفصال عن العقد نذكر منها:-

قبل مجلس الدولة الفرنسي بالإلغاء في قرار رفض جهة الإدارة إبرام أو اتمـام العقد إذا كانت ملزمة بإبرام العقد(٢).

كما قبل الطعن علي القرارات القابلة للانفصال إذا كانت مشوبة في ذاتها بعيب من عيوب عدم المشروعية إلا أن المجلس قبل الطعن علي هذه القـرارات اسـتنادا إلي ما يشوب العقد ذاته من عيوب(٣).

كما قبل المجلس الطعن بالإلغاء إذا رفضت الإدارة إجراء المناقـصة، وكـذلك القرار الصادر بالسماح باعتماد التعاقد بطريق الممارسة. (٤)

أتي المشرع في القانون رقم ٢ مارس ١٩٨٢ والمعدل بالقانون الـصادر فـي ٢٢ يوليو ١٩٨٢ والمتعلق بالحقوق والحريات الخاصـة بالبلـديات والمحافظـات والمقاطعات، وسمح لممثل الدولة في هذه المناطق بالطعن بالإلغـاء فـي العقـود الإدارية التي تبرمها. وذلك بشروط معينة وفي حالات محددة تتلخص في الآتي:

(أ) العقود التي تعرض لزوما علي ممثل السلطة المركزية. فهناك عقود تبرمها هذه الأشخاص الإقليمية ويجب عليها طبقا لنصوص المـواد ٣، ٤٦، ٦٩ أن تعرضـها

(١) راجع حكم المجلس الصادر في قضية Comus بتاريخ ١٩٠٦/٤/٦ والحكم الـصادر فـي ١٩٠٥/١٢/٢٩ في قضية Petit المنشور في مجموعة سيري المشار إليها في البند السابق.

(٢) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣١/٥/٦ فـي قـضية Tondut سيري ١٩٣١-٣-٨١.

(٣) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩١٨/٧/١٢ في قضية Lefevre المجموعة صـ٦٩٨ والحكم الصادر في قضية La creuse.

(٤) أنظر الحكم الصادر في ١٩١٤/٤/٢٩ فـي قـضية Syndicat des Maitres imprimeurs- R.P.١٢٥.

علي ممثل السلطة المركزية، ففي هذا الغرض إن وجدها غير مـــشروعة أحالهـــا وجوبا إلي المحكمة الإدارية.

(ب) العقود الأخرى التي لم يجب عرضها علي ممثل السلطة المركزيـــة لا يملـــك إحالتها إلي المحكمة الإدارية إلا إذا طلب منه ذلـــك شـــخص طبيعـــي أو معنـــوي أصيب بضرر من جراء هذه العقود، وينبغي علي هـــؤلاء الأشـــخاص أن يقـــدموا طلبهم إلي ممثل السلطة المركزية خلال شهرين من نفـــاذ هـــذا العقـــد بالنـــشر أو الإعلان، ولكن لممثل السلطة المركزية هنا سلطة تقديرية علي عكس الحالة الأولي حيث أن سلطته مقيدة في إحالة الأمر للمحكمة الإدارية من عدمه[1].

وترجع الفائدة العملية لقابلية مثل هذه القرارات للانفصال عن العقد في أن لأصحاب الشأن أن يطعنوا ضد هذه القرارات بدعوى تجاوز الـــسلطة بالاســـتقلال عن الطعن بدعوى القضاء الكامل والتي يمكن أن يكون موضوعها العملية العقديـــة ذاتها[2] كما يقبل مجلس الدولة الطعن في مثل هذه القرار من الغير، وسواء تعلـــق بعقد إداري أم عقد من عقود القانون الخاص تبرمه الإدارة.

ويلاحظ أنه يتعين أن يؤسس الطعن في هذه القرارات علي أسباب تتعلـــق بالمشروعية وليس علي الإخلال ببنود العقـــد، وهـــذا لا يمنـــع مـــن إثـــارة عـــدم المشروعية مثل هذه البنود لتأييد الطعن المتعلق بالعقد[3]أيا كانت، طبيعة هذه البنـــود عقدية contractuelles أو لائحية Reglementaires[4].

---

(١) لمزيد من الإيضاح أنظر Auby et Drago.Op.Cit.P.١٥٩ et ١٦٠ .

(٢) أنظـــر R.CHAPUS Droit du contentie us admini stratif- op.cit.No. ٨١٢ P. ٦٠٤ .

(٣) وانظر C.E.ASS ٣٠/١٠/١٩٩٦ Mme wajs et monnier Rec. P. ٣٨٧.
A.J. ١٩٩٦ P. ٩٧٣ Chron D.CHAUVAUX et. T.X. GIRARDOT.

(٤) C.J.E.G- ١٩٩٧P.٥٢- R.F.D.A- ١٩٩٧.P. ٧٢٦.

تقسيـــم :

سنحاول في هذا الفصل تحديد النقاط التالية:

المطلب الأول: تحديد مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العقد.

المطلب الثاني: مدي علاقة نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد بقضاء الإلغاء.

المطلب الثالث: شروط اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في منازعات العقد الإداري.

المطلب الأول

تحديد مفهوم القرارات القابلة للانفصال

Detemination Des Détachables

نظرية القرارات القابلة للانفصال هي من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي، وقد ابتدعها حتي يستطيع بسط رقابته علي بعض التصرفات القانونية التي تجربها الإدارة داخل العمليات القانونية المركبة، دون انتظار لاكتمال أو انتهاء العملية ذاتها لأنه قد يترتب علي هذا الانتظار أثار قانونية يتعذر تداركها مما يؤدي إلي ضياع حقوق البعض دون مبرر.

ومن فوائد الطعن علي القرارات القابلة للانفصال كذلك هو امتــداد رقابـــة مجلس الدولة علي قرارات قد تدخل في اختصاص جهات قــضائية أخــري أو لا يجوز الطعن فيها علي الإطلاق مثل القرارات التي تدخل في أعمال السيادة.

وحينما نأتي لتعريف مفهوم القرارات القابلة للانفصال نجــد أن الــبعض يعرفها بأنها" قرارات إدارية تكون جزءا من بنيات عمليـــة قانونيـــة تــدخل فـــي اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء علي ولايتـــه الكاملـــة أو تخـــرج عـــن اختصاص أي جهة قضائية ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء علي انفراد[1].

---

(١) أنظر في تعريف هذه القرارات للدكتور/ عبد الحميد حشيش" القرارات القابلـــة للانفـــصال وعقود الإدارة دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية ومجلـــة مصر المعاصرة صـــ ٤٩٥، ومن الفقه الفرنسي راجع

ونحن نري أن القرارات القابلة للانفصال هي قـرارات بـالمفهوم العـام للقرار الإداري فهي تعبير عن إرادة منفردة لجهة الإدارة بما لها من سلطة ملزمـة للقوانين واللوائح لإحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء مركـز قـانوني جديـد أو التأثير علي المراكز القانونية القائمة بالتغيير والتعديل أو حتى بالإلغاء كلية، وهـو يصدر في إطار عملية مركبة مع إمكان تجنيب هذه التصرفات لتمثل علـي حـدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين كتـصرف قـانوني فـردي مكتمل ونهائي في حد ذاته دون أن يمس ذلك بباقي المكونات الأخـرى للعمليـة أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها.

وفي اعتقادنا أنه ينبغي أن يتوافر شرطان في العملية القانونيـة المركبـة هما: شرط الاستمرارية بين مكوناتها أو أجزائها أو مراحلها وإجراءاتها والقرارات التي تتخذ خلالها، وشرط آخر هو أن تكون لهذه العملية ذاتيتها وخصوصيتها التـي تميزها عن العمليات المركبة الأخرى.

مما سبق أوضحنا مفهوماً عاماً للقرارات القابلة للانفصال أما حينما نتناول مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري باعتباره عملية مركبـة بـصفة خاصة فنتذكر قول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتـاريخ ١٩٧٥/٤/٥ حيث قالت" ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الـذي تبرمـه الإدارة، وبـين الإجراءات التي تمهد لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده ذلك أنه بقطـع النظـر عـن كون العقد مدنيا أو إداريا فإن هذه الإجراءات تتم بقـرار مـن الـسلطة الإداريـة المختصة له بخصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونـه إفـصاحا عـن إرادتها الملزمة بناء علي سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقا لمصلحة عامة يبتغيها القانون ومثل هذه القرارات، وإن كانت تـسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا أو إداريـا وتنفصل عنه ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيهـا بالإلغـاء اسـتقلالا ويكـون

C.A. COLLIARD la notion d'acte detachab et sonrole dans la jurisprudence du conseil d'etat. Melanges Mestre Achille منشور في

الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقود لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها[1].

ويلاحظ أن فكرة القرار الإداري المنفصل لا يقتصر علي العمليات التعاقدية فقط بل تدخل في كل عملية مركبة كما سبق تعريفها سواء انتهت بالتعاقد أم لا مثل إجراءات نزع الملكية، وإجراءات الانتخابات..الخ.

وطبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد لأول مرة في قضية " مارتان" فقد قبل المجلس الطعن المقدم من السيد / مارتان بوصفه عضوا في مجلس مقاطعة ضد المداولات التي اشترك فيها مجلس المقاطعة بخصوص امتيازات التزام تأسيسا علي الظروف التي في خلالها دعي مجلس العام للمداولة والإجراءات التي اتبعها المحافظ بعد قيامه بتوزيع تقرير مطبوع بخصوص الموضوع قبل الجلسة بثمانية أيام بالمخالفة للضمانات التي ينص عليها قانون ١٨٧١ بخصوص تنظيم المقاطعات، ورفض المجلس الطعن بتجاوز السلطة ضد مداولات البلدية حيث انتهت بإبرام العقد ولا يمكن إحالتها إلا إلي قسم العقد[2].

وأخيرا ينبغي أن نبين أن العمليات المركبة تحتوى علي نوعين من القرارات قرارات قابلة للانفصال وأخرى غير قابلة للانفصال وهذا يستلزم ضرورة التمييز بين هذين النوعين من القرارات التي تدخل في هذه العمليات[3].

وتكمن أهمية التمييز بين هذين النوعين من القرارات إلي اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له كل هذه القرارات.

فالقرارات القابلة للانفصال عن العملية المركبة يقبل الطعن فيها علي حدة

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٢٠ الصادر بتاريخ ١٩٧٥/٤/٥ لسنة ١٧ق المجموعة سنة ٢٠ق – صـ٣٠٨.

(٢) P.Weil et G.Broilone les grands arret. Es de la ence Admini strative ٥- ١٩٧٤- ١٦١ et Suive Martin Rec. P. ٧٤٣- Concel - Romien ٥- ١٩٠٦ et tourious- ١٠٧- ٣- ٤٩ Concl- Romieu- R.D.P. ١٩٠٦ .

(٣) H.CHARLES "Actes rattachables"et "Actes détachables en Droit admini stratif Francais contribution a une theorie de ١, operation admini strative - Paris L.G.D.t ١٩٦٨.

دون انتظار إتمام أو انتهاء العملية نفسها. في حين أن القرارات غير القابلة للانفصال عن العملية المركبة لا يقبل الطعن فيها استقلالا عن باقي العملية التي تندمج في تكوينها. أيا كان الأمر فالمعيار المميز للقرار القابل للانفصال عن غيره هو صالحية هذا القرار ذاته لترتيب أثار قانونية معينة بمفرده دون التوقف على أجزاء أخرى من العملية ودون انتظار لاكتمال العملية نفسها.

مكانة القرارات القابلة للأنفصال في العقد الإداري:

لما كانت العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت عقود قانون خاص أم عقودا إدارية فهي من بين العمليات المركبة، وتمر بعدة مراحل وخطوات، ويتبع فيها العديد من الإجراءات، وتتخذ خلالها كثير من القرارات منها ما يسبق مرحلة إبرام العقد مثل إجراءات توفير الاعتمادات المالية اللازمة لعملية التعاقد خاصة بالنسبة للتعاقدات التي ترتب التزامات مالية علي الدولة، وتمثل القرارات الصادرة لهذا الشأن بقرار التصريح أو الإذن بالتعاقد.

ومن هذه القرارات ما يتعلق بإجراءات إبرام العقد ذاته وطرق التعاقد، والإعلان عن المناقصة، وتلقي العروض وفض المظاريف والبت في العطاءات، وقرارات استبعاد بعضها ثم قرارات إرساء المناقصة وأيضا قرارات إلغائها.

ومن هذه القرارات (القرارات القابلة للانفصال) إجراءات وقرارات تتصل بتنفيذ العقد، والإشراف علي التنفيذ، وقرارات إجراء بعض التعديلات أو توقيع جزاء علي المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله ببعض التزاماته الناشئة عن العقد بل وقرار فسخ العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

كما تتواجد قرارات الانفصال عن العقد في مرحلة ما بعد التنفيذ وإنهاء العقد كقرار وإجراءات رد قيمة التأمين النهائي في حالة قيام المتعاقد بكافة التزاماته مع الإدارة وفقا لما تتضمنه كراسة الشروط. وهكذا نجد أن القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري تتغلغل في كافة مراحل ميلاد العقد الإداري ابتداء من المراحل التمهيدية لإبرامه حتي نهايته.

المطلب الثاني

مدي علاقة نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري بقضاء الإلغاء

حينما نتحدث عن مدي علاقة نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري لقضاء الإلغاء نجد أن هناك اتساعا في مجال تناول هذه النظرية في مجال القضاء الإداري الفرنسي عن القضاء الإداري المصري وذلك لاختلاف نشأة هذه النظرية في فرنسا منها في مصر علي النحو التالي:

في فرنسا:

مرت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري بمراحل تطور في فرنسا حيث لم يتبنى مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة منذ بداية الأمر بل أخذ بنظرية الأعمال الإدارية المركبة أو بنظرية الإدماج والتي مفادها اعتبار العملية التعاقدية كلا لا يتجزأ.

فكافة الإجراءات والقرارات الإدارية التي اشتركت في تكوينها تتحول إلي عنصر من عناصرها وتفقد ذاتيتها، ومن ثم لا يجوز الطعن فيها علي استقلال.

إلا أن مسلك مجلس الدولة الفرنسي السابق قد جانبه الصواب لحرمان الغير الأجنبي عن العملية التعاقدية من التجائه إلي القضاء للطعن علي ما قد يشوب القرارات الإدارية التي اشتركت في العملية التعاقدية من شائبة عدم المشروعية، رغم ما قد يكون لهم مصلحة مؤكدة في إلغاء هذه القرارات حيث لا يجوز له أن يستخدم دعوى العقد لنسبية أثار العقد، كما لا يقبل منه الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تسهم في تكوين العقد أو تدخل في تنفيذه استنادا إلي نظرية الأعمال المركبة.

إزاء هذه الثغرة الملموسة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي السابق استحدث نظرية جديدة تعرف بنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، ومؤدي هذه النظرية أنه يجب التفرقة بين العقد ذاته، وبين القرارات

الإدارية التي ينبني عليها انعقاده. فهذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقـد، ويجـوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد وبالشروط المقررة للطعن بالإلغاء.

وقد طبق المجلس هذه النظرية بصورة تدريجية ففي البداية أجـاز فـصل القرارات المتعلقة بالعقد والطعن فيها علي استقلال طالما أن العقد لم يصبح نهائيـا قبل صدور الحكم بالإلغاء- أما إذا صار العقـد نهائيـا تـصبح كافـة القـرارات المساهمة في تكوينه جزءا لا يتجزأ من بنياته وتكون العملية التعاقدية وحده لا تقبل عناصرها الانفصال أو التجزئة.[1]

وفي المرحلة التالية للمرحلة السابقة طور مجلس الدولة الفرنسي النظريـة السابقة بأن أجاز للغير الأجنبي عن العقد أن يطعن بالإلغاء استقلالا في القـرارات الإدارية التي تدخل في تكوين مراحله التمهيدية حتى ولو صار العقد نهائيا.

وتجسد التطور السابق في حكم Martin الصادر في ١٩٠٥/٨/١٤ حيـث أجاز مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم الطعن في القرارات الإدارية التي تمهـد لتكوين العقد دون تميز بين العقود التي صارت نهائية أو تلك التـي مازالـت فـي طور التكوين.[2]

واستمر تطوير نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري فـي قضاء مجلس الدولة الفرنسي حتى ساوي بين الطعون المقدمة من المتعاقدين أو من الغير الأجنبي عن العقد، كما مد المجلس قضائه السابق إلي مرحلة تنفيذ العقد رغم أن هذه المنطقة تدخل في نفوذ قاضي العقد وأصدر بعض الأحكام للغير وللمتعاقـد مع الإدارة مهاجمة القرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارة تنفيذ للعقد وتستند إلي نصوص القوانين واللوائح بدعوى تجاوز السلطة.

---

(١) راجع في ذلك ومزيدا من التفصيل د/ عبد الحميد حشيش المرجع السابق صـ٧٨.

(٢) C.E.٤-٨-١٩٠٥- Martin S. ١٩٠٦- ٤٣.

وراجع في ذلك أيضا H.char les: op- cit P. ٢٢

أسباب تحول مجلس الدولة الفرنسي من نظرية الأعمال المركبة في العقود الإدارية إلي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة:

أولا: عدم كفاية المبررات المستمدة من فكرة الحقوق المكتسبة والدفع بوجود الدعوى الموازية، فوفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي لا تتأثر الحقوق الشخصية المستمدة من العقد بإلغاء القرارات التي بني عليها لأن إلغاء القرار بمعرفة قاضي الإلغاء لا يؤدي إلي سقوط العقد إذ يظل العقد قائما ومنتجا لآثاره حتي يقوم قاضي العقد بإبطاله.

وبالنسبة للدفع بوجود الدعوى الموازية لتبرير عدم قبول الطعن بالإلغاء المقدم من غير أطراف العقد لا يصح التمسك به لأن الغير" لا يملك حق الالتجاء إلي قاضي العقد أساسا[1] واتجهت الصعوبات نحو التمسك بالدفع الموازي بالنسبة للمتعاقدين ومؤدي هذا الدفع بالنسبة للغير أنه لا يقبل دعوى الإلغاء من المتعاقد مادامت توجد دعوى أخرى تحقق ذات النتائج، وإزاء هذه الصعوبات اتجه الفقه إلي القول بأن للمتعاقد مع الإدارة الالتجاء إلي قاضي العقد الذي يحسم بمقتضي سلطات القضاء الكامل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد، وبطبيعة الحال أن التجاء المتعاقد إلي القضاء الكامل لا يمكن إلا بعد إبرام العقد والالتجاء إلي القضاء الكامل أجدي من قضاء الإلغاء لأنه إذا الالتجاء إلي قضاء الإلغاء فإنه يتحتم عليه الالتجاء إلي القضاء الكامل لترتيب كافة حقوقه.

واستند أنصار نظرية إلتجاء المتعاقد إلي قضاء الإلغاء إلي أن للمتعاقد مع الإدارة يسترد حقه في دعوى الإلغاء إذا استندت الإدارة في قراراتها إلي سلطة البوليس الإداري وليس إلي صفتها كطرف من أطراف العقد.

وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي علي السماح للمتعاقد بالالتجاء إلي دعوى الإلغاء استنادا إلي نظرية الأعمال المنفصلة واعتبر المتعاقد وكأنه من الغير بالنسبة للقرار المطعون فيه. [2]

---

(١) راجع في ذلك د/ عبد الحميد حشيش – المرجع السابق صـ٨٨.

(٢) راجع في تصيل ذلك أ.د/ مصطفي أبو زيد فهمي- القضاء الإداري صـ٣١٠.

واستند مجلس الدولة الفرنسي والفقه المؤيد لحق المتعاقد في الالتجاء إلي قضاء الإلغاء إلي الحجج الآتية:

١- تميز دعوى الإلغاء في النظام الفرنسي بكثير من المزايا التي تشجع المتقاضيين باللجوء إليها لسهولة إجراءاتها وإعفائها من الرسوم القضائية.

٢- لا توجد دعوى قضائية أخرى تحقق من الناحية القانونية كل ما تحققه دعوى الإلغاء فالحكم الصادر في دعوى الإلغاء يكون له حجية مطلقة قبل الكافة بينما الحكم الصادر من دعوى قضاء العقد نسبيا مقصورا علي الخصوم في الدعوى وبالنسبة للموضوع الذي يصدر الحكم بخصوصه.

ثانيا: كان لتطور دعوى الإلغاء من دعوى احتياطية إلي دعوى الشريعة العامة أثر في ابتكار مجلس الدولة الفرنسي لنظرية القار الإداري المنفصل.

ثالثا: تحول قضاء مجلس الدولة الفرنسي من نظام القضاء المقيد إلي نظام القضاء المفوض عام ١٨٧٢.

وترتب علي ذلك أن اقتصر حالات استبعاد دعوى الإلغاء استنادا إلي الدفع علي وجود دعوى قضائية أخري من اختصاص المحاكم الإدارية الإقليمية التي تستأنف أحكامها أمام مجلس الدولة وبناء علي ذلك لا يكون هناك محلا لتطبيق الدفع السابق إلا إذا كان الطريق القضائي الآخر هو دعوى أمام مجلس الدولة ذاته كدعوى القضاء الكامل.

ومما تقدم يتبين لنا أن مجلس الدولة الفرنسي استحدث نظرية القرار الإداري المنفصل بعد عدة مراحل تطور شاهدته أحكامه علي النحو السالف بيانه فإذا كانت العملية ا لمركبة من اختصاص جهات قضائية غير مجلس الدولة، وكانت مع ذلك علي قرارات إدارية متكاملة العناصر فإن علي الخصوم أن يطعنوا بالإلغاء أمام مجلس الدولة علي هذه القرارات دون أن يكون في ذلك افتئات علي اختصاص الجهات القضائية الأخر، وكانت آخر مراحل تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن خاص بحق المتعاقد مع الإدارة في اختيار الطعن بالإلغاء رغم وجود دعوى العقد أمامه.

في مصر:

تبني القضاء الإداري المصري فكرة القرارات الإدارية المنفصلة منذ نشأته وطبقها في مجالات عديدة وعلي الأخص في منازعات العقود الإدارية، وذلك لعدم وجود فكرة الدعوى الموازية التي اعتنقها القضاء الفرنسي والتي كانت تحول دون رفع دعوى الإلغاء وأخذ القضاء الإداري المصري بالمنهج التحليلي الذي تقوم القرارات الإدارية النهائية عن العملية المركبة عقدية كانت أم غير عقدية[١].

وتطبيقاً لذلك نجد حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٤٧/٢٢/٢٥ والذي قررت فيه" أنه مما يجب التنبيه إليه أن بين العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا له جانبان: أحدهما تعاقدي بحيث تختص به المحكمة المدنية والآخر إداري يجب أن تسير فيه الإدارة علي مقتضي النظام الإداري المقرر لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده فتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين واللوائح. [٢]

وتواترت بعد ذلك أحكام المحكمة الإدارية العليا في ذات الاتجاه من ذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٤ حيث قالت" ومن حيث أنه ينبغي في ضوء هذا التنظيم لعملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية.

النوع الأول: وهو القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام

---

(١) يراجع في ذلك د/ عبد الحميد حشيش – المرجع السابق صـ٨٩.

(٢) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٤٧/١١/٢٥ في القضية رقم ٢٨٩ لسنة ١ ق مجموعة أحكام السنة الثانية صـ١٠٤ والحكم الصادر في ١٩٥٦/١/٨ مجموعة أحكام السنة العاشرة صـ١١٥ والحكم الصادر في الدعوى رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ ق مجموعة السنة ١٠ ق صـ٢٣.

العقد، وهذه تسمي القرارات المنفصلة المستقلة ومن القبيل القرار الصادر بطرح العملية في مناقصة والقرار الصادر باستبعاد أحد المتناقضين والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها علي شخص معين فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي وتنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية. (1)

ولا تقتصر فكرة القرارات القابلة للانفصال عن العقد علي مرحلة التمهيد لإبرام العقد، وكذا مرحلة إبرام العقد ذاتها بل تمتد إلي مرحلة تنفيذ العقد وهي منطقة حرجة ويشوب فكرة القرار المنفصل خلالها بعض الغموض إلا أنه سرعان ما يزول بإطلاع القارئ علي المبحث الخاص بالقرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري في مرحلة تنفيذ العقد، وما يحتويه علي أحكام ومبادئ بشأن هذا الموضوع.

خلاصة ما تقدم:

يتبين لنا مما تقدم أن كل من القضاء الإداري في فرنسا وفي مصر قبل الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة التي تسهم في تكوين العملية العقدية، والتي يمكن فصلها عنها بشرط أن يكون وجه الطعن عيبا شاب القرار ذاته وأن يكون هذا العيب من العيوب التي يمكن الاستناد إليها في دعوى الإلغاء، وهي كما هو معلوم عيب في الشكل أو الإجراءات أو عيب عدم الاختصاص أو عيب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره أو تأويله أو عيب إساءة استعمال السلطة.

---

(1) مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في ١٥ سنة في مجال العقود الإدارية الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٤.

المطلب الثالث

شروط اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في الطعون المقدمة ضد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري

عـــام:

اتبع القضاء الإداري منهجاً عمليا مرنا يخدم صالح المتقاضين عند نظـــره الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، وهـــذا المـــنهج يتلخص في تمتعه بسلطة تقديرية في رفض أو قبول فصل القرارات الإدارية عـــن العملية التعاقدية وفقا لما يراه محققا للعدالة. (١)

فقد يري الطاعن أن القرار الطعين هو من القرارات الإداريـــة المنفـــصلة عن العقد، ولكن يري قاضي الإلغاء أن القرار الطعين ليس من قبيل هذه القـــرارات ولكي يختص قاضي الإلغاء بالنظر في هذه القرارات سالفة الذكر يجب توافر عـــدة شروط أساسية نعرض لها علي النحو التالي:

شروط اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري:

يمكن أن نستقي شروط اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر فـــي القـــرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري من خلال تتبـــع التطبيقـــات القـــضائية العملية لفكرة القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، وهي شروط مـــستمدة من طبيعة العمل القانوني المطعون فيه وهي علي النحو التالي:

١- تقتصر ولاية قاضي الإلغاء علي القرارات الإدارية النهائية التي يتـــوافر فيهـــا شروط قبول الطعن بالإلغاء، ومن ثم يستبعد من تلك الولاية الآتية:

أ- الأعمال التمهيدية التي تتوافر فيها صفة القرار الإداري مثـــل التعليمـــات والمنشورات الدورية والآراء الاستشارية المقدمة من الأفـــراد أو الهيئـــات

---

(١) راجع في ذلك د/ عبد الحميد جشيش- المرجع السابق صـــ١٠٨، ص ٢٩.

وإجراءات التحقيق السابقة علي تحرير العقد[1].

ب-كما استبعد من دائرة الطعن بالإلغاء القرارات غير النهائية مثل إجـــراءات الإعلان عن المناقصات ونماذج المناقصات والمزايدات، وقرارات لجـــان فتح المظاريف باستثناء قرارات الاستبعاد.

٢- يشترط لقبول الطعن في القرار الإداري المنفصل أن يكون مشوبا بأحد عيوب عدم المشروعية التي نصت عليها قوانين مجلس الدولة المتعاقبة فـــي مـــصر وفي فرنسا وهي عيوب عدم الاختصاص، ومخالفة القوانين واللوائح وصـــدور القرار في غير الأشكال التي نص عليها القانون، وكذا عيب الانحراف، وهـــذا بصرف النظر عن سلامة العملية التعاقدية.

وتطبيقا لذلك قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن في قرار المدير باعتباره سلطة وصاية بالتصديق علي قرار المجلس البلدي دون موافقة مجلس ديـــوان المديريـــة، وذلك بالمخالفة لنصوص القوانين واللوائح.

وهكذا يجب أن يكون القرار الطعين مطابقا لصحيح حكم القـــانون واللـــوائح، ولكن ماذا يترتب علي صدور القرار الطعين مخالفا لنصوص العقد؟

والإجابة علي هذا السؤال تأتي من خلال بحث موضوع مدي اعتبار الـــشروط التعاقدية مصدرا يتعين الالتزام بها في القرارات الإدارية الـــصادرة بـــصدد العقـــد الإداري.

ماذا لو خالف القرار الإداري الشروط التعاقدية محل العقد؟

يميز الفقه والقضاء بين وضعين:

الوضع الأول: حالة صدور القرار الإداري بالمخالفة لنص عقدي

وتتمثل هذه الحالة عند اتخاذ الإدارة قرارا متعلقا بالعملية التعاقدية وفيه مخالفة لبعض الحقوق المتولدة عن الاتفاقات. وقد انقسم الفقه حول مـــدي جـــواز الطعـــن بالإلغاء في هذه القرارات علي النحو التالي:

---

(١) Rivero: Droit- Afmistrative - ١٩٧٠-P. ٢٢٥.

أيد جانب من الفقه اعتبار النصوص العقدية مصدرا من مصادر الشرعية التي يتعين علي القرار مراعاتها وإلا اتصف القرار بعدم المشروعية.

واستندوا في التدليل علي صحة وجهة نظرهم بالحجج الآتية:

١- أن قواعد القانون ينبغي مراعاتها لتظل في إطار المشروعية، فهو كـل التـزام قانوني يرتب المشرع جزاء لمخالفته، ولا يهم محمول هذا الالتـزام أو نطـاق تطبيقه فهناك القواعد القانونية الذاتية مثل الالتزامات المتولدة عن العقد.

٢- أن مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يعتبر مخالفة لقاعدة قانونية عامـة هـي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولكن لم يحوز الاتجاه الفقهي الـسابق مـصادقة غالبية الفقهاء.

واستندوا في رفض النهج السابق إلي حجتين هما:

الأولي: الطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء ، أن إلغاء القرار المطعون فيـه هـو جزاء لمخالفة الشرعية بالمعني الموضـوعي أي لقاعـدة قانونيـة عامـة ومجردة بينما العقد يولد مراكز شخصية وذاتية تقتصر أثارها علي أطرافه فقط.

الثانية: فكرة الدعوى الموازية التي لا تجيز لقاضي الإلغاء أن يفحص العقد لكـي يستخرج منها أسباب عدم مشروعية القرار[1].

أما بالنسبة لموقف القضاء من هذا الموضوع فقد استقر القضاء الفرنـسي علي عدم قبول الطعن بالإلغاء المؤسس علي مخالفة القرارات الإدارية للنـصوص العقدية. يؤيد الاتجاه الغالب في القضاء المصري الرأي السابق وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٤/١٥ " وإذا كـان مـن الثابت أن القرار المطعون فيه يكون في الواقع إجراء تعاقدي مستمد من نـصوص العقد، وليس قراراً إداريا يرد عليه قضاء الإلغاء.

---

(١) راجع في ذلك د./ عبد الحميد حشيش – المرجع السابق ص١٨، وراجع كذلك للفقيه/ بينكـو رسالته السابقة ص٥٩١، وما بعدها وكذلك للفقيه/ لوبادير– العقود الإداريـة جـــ٣ ص ٣٣٠.

الوضع الثاني: هو أن يصدر القرار الإداري تطبيقا لبند غير مشروع في العقد

يلاحظ أن أساس الطعن في هذه الحالة هو عدم مشروعية العملية العقدية المرتبط بها القرار مثال ذلك: أن يصدر قرار من المجلس المحلي بإبرام عقد يتضمن شرطا مخالفا للنظام العام أو القانون. فالقاضي في مثل هذه الحالة يبحث العملية التعاقدية ذاتها لتقدير سلامة القرار موضوع الطعن.

ويؤيد الاتجاه الغالب من الفقه والقضاء سلطة قاضي الإلغاء الحق في فحص مدي سلامة العملية التعاقدية للتحقق من مشروعية القرار الإداري بكافة شروطها وأركانها التي استند إليها القرار المطعون فيه(1) الصادر من جهة الإدارة بصدد عقد إداري.

وهذا القرار الطعين لا يختلف تعريفه عن التعريف العام للقرار الإداري بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لجهة الإدارة بقصد إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغائه بمقتضي السلطة المخولة لها طبقا للقوانين واللوائح متي كان ذلك جائز وممكن قانونا.

يبين مما تقدم أن القرار الإداري يختلف عن العقد الإداري الذي هو نتاج توافي إرادتين(جهة الإدارة والمتعاقد معها) ومن ثم فإن مجال الطعن بالإلغاء علي القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري مازال مفتوحا سواء كان أساس الطعن بالإلغاء هو مخالفة القواعد العامة أو العملية التعاقدية، ومن هنا فنحن لا نري جدوى فصل القرار الإداري المطعون فيه إذا كان مشوبا بشائبة مخالفة القواعد العامة للقانون عن القرار الإداري الصادر بالمخالفة لنصوص العقد أما الطعن في العقد الإذاري ذاته فإنه يخضع لولاية قاضي العقد، وليس لقاضي الإلغاء، وهذا هو المستقر في القضائيين الإداري المصري والفرنسي وتطبيقا لرأينا السابق نذكر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٢/١٠/١٩ والذي قرر أن الأعمال المطعون فيها تتخذ طابعا تعاقديا فهي ليست ذات طبيعة تسمح بعرضها علي

---

(١)راجع في ذلك د./ عبد الحميد حشيش: المرجع السابق ص ٢٥.

مجلس الدولة بطريق الطعن بتجاوز السلطة[1].

وفي القضاء الإداري المصري قررت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥" أن العمل القانوني الذي يصلح أن يكون محلا لدعوى الإلغاء هو عمل قانوني من جانب واحد يصدر بالإرادة الملزمة لأحدى الجهات الإدارية..." [2].

كما استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ عام ١٨٨٤ في قضية Levieux علي رفض قبول الطعن لتجاوز السلطة في العقود وقد أيد هذا القضاء الغالبية من الفقهاء إلا أن الفقيه/ بينكو في رسالته للدكتوراه أكد حق الطعن في العقود الإدارية أمام قاضي الإلغاء، وذلك أما بطريق مباشر عن طريق الطعن في العقد مباشرة أو بطريق غير مباشر عن طريق الطعن في الأعمال التي ساهمت في إبرامه أو ضد إجراءات التنفيذ[3].

المطلب الرابع

أسباب الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة

Les Moyens d'annulation

تمهيد وتقسيم:

أسباب الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل عن العملية العقدية- هي ذات الأوجه التي يقررها القانون للطعن بالإلغاء وقد أشارت المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المنظم لمجلس الدولة في الفقرة رقم (١٥) علي هذه الأوجه فقالت" ويشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في

---

(١)راجع في ذلك د./ عبد الحميد حشيش- المرجع السابق ص١١٥.

(٢)راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٣/٥/٢٥ قضية ١٠٨٠ لسنة ٧ ق مجموعة أبو شادي جـ١ ص ١٠٤١.

(٣)أنظر بينكو رسالته السابقة ص٥٧.

تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة".

حصرت هذه المادة أوجه الإلغاء التقليدية في أربعة أوجه:

١- عيب الاختصاص L'incompetence .

٢- عيب الشكل Le vice de form.

٣- مخالفة القانون La volation de la loi .

٤- إساءة استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) Le de tournement de pouvoir .

٥- عيب السبب.

وفي فرنسا لم تظهر هذه العيوب جملة واحدة بل ظهرت تدريجيا.

فقد قامت دعوى الإلغاء بداية علي عيب عدم الاختصاص ثم ظهر العيب الثاني وهو عيب الشكل باعتباره عيب من عيوب عدم الاختصاص فإذا ما باشر رجال الإدارة في شكل أو إجراء مخالف ظهر العيبين وهما عدم الاختصاص وعيب الشكل. وبإرساء دعائم مجلس الدولة بعد زوال الإمبراطورية الثانية ازداد مجال تطبيق دعوى الإلغاء وظهر السببان الأخيران وهما عيب الانحراف، ومخالفة القانون. وظهر عيب الانحراف كصورة من صور عدم الاختصاص باعتباره عيب شكلي.

أما عيب مخالفة القانون فلم يكن من الممكن الاستناد إليه إلا من خلال دعوى قضائية تهدف إلي الحكم بالتعويض، وظل هذا الوضع حتي صدر مرسوم نوفمبر سنة ١٨٦٤ فاستطاع مجلس الدولة أن يضيف عيب مخالفة القانون والحقوق المكتسبة إلي أوجه الطعن بالإلغاء وأن ظل يتشدد في قبول هذا العيب ويستلزم أن يكون القرار قد خالف نصا صريحا في القانون، وفي مطلع القرن العشرين بدأ يتخلي مجلس الدولة الفرنسي عن هذا التشدد، ولم يعد العيب مقصورا علي مخالفة القانون بالمعني الضيق إنما اتسع مدلوله بحيث أصبح شاملا للمراكز القانونية التي ترتب عليها أثار قانونية، فكل مخالفة لقاعدة عامة مجرد، أيان كان مصدرها وكل

مساس بمركز قانوني مشروع يعد مخالفة للقانون تجيز الطعن بالإلغاء[1].

وبذلك قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء علي القرارات الإدارية التي تتضمن مخالفة للمراكز القانونية الناشئة عن الأحكام القضائية وأصبحت مخالفة الأمر المقضي به من أهم صور مخالفة القانون التي تجيز الطعن بالإلغاء علي القرار الإداري، فأي قرار إداري يتضمن خروجا علي الالتزامات التي يفرضها تنفيذ حكم الإلغاء وأعمال أثاره يمكن للمحكوم له أن يطعن عليه بالإلغاء بدعوى جديدة وقد طبق القضاء الإداري هذه الفكرة علي امتناع الإدارة كلية عن تنفيذ حكم الإلغاء وقضي بأن هذا الامتناع يشكل قرارا إداريا سلبيا مخالفا للقانون.

وفي هذا المعني قررت محكمة القضاء الإداري أن " إصرار الهيئة المدعي عليها علي عدم تنفيذ الحكم ينطوي علي مخالفة لقوة الشئ المقضي به، وهي مخالفة لمبدأ أساسي وأصل من الأصول العامة الواجبة الاحترام إقرارا للنظام والطمأنينة وتثبتا للحقوق والروابط الاجتماعية كما أنها تنطوي علي قرار سلبي خاطئ ذلك أنه يعتبر في حكم القرار الإداري امتناع جهة الإدارة عن إصدار قرار كان من الواجب عليها إصداره وفقا للقانون وقد كان واجبا علي الهيئة المدعي عليه إصدار قرارها بتنفيذ الحكم المشار إليه إعمالا لأحكام قانون مجلس الدولة التي تقضي بوجوب المبادرة إلي تنفيذ أحكامه".

وتسري هذه القاعدة بالنسبة للقرارات الإيجابية التي تعطل من آثار حكم الإلغاء أو تتعارض معها كما لو أعادت الإدارة إصدار القرار الملغي من جديد في غير الأحوال التي يجوز لها ذلك، وقد أشار إلي ذلك بوضوح مفوض الدولة" روميو" في تقريره في قضية Botta حيث يقول ينبغي أن يكون معلوما أنه عندما يصدر مجلس الدولة حكما بإلغاء قرار إداري مخالفا للقانون فإنه يمتنع علي الإدارة إصدار هذا القرار وألا يتعين إلغاؤه ويكون سبب الإلغاء في هذه المرة هو مخالفة الأمر المقضي به وحدها دون غيرها. [2]

---

(1) راجع في ذلك جاك البير - الرقابة صـ٢٥٩، صـ١٧ وما بعدها.

(2) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٦ يوليو سنة ١٩١٢ قضية Compahnie

أما بالنسبة لعيب السبب فهو يكمن في مجموعة العناصر الواقعيـــة والقانونيـــة التي تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار الإداري.

ومما لا شك فيه أن أوجه الطعن بالإلغاء ترتبط كل منها بالأخرى فكـــل وجـــه من أوجه الإلغاء يرتبط بمشروعية كل ركن من أركان القرار المطعون فيه، وعلي سبيل المثال فعيب السبب إنما يرتبط بالحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القـــرار وتثيره، وعيب الشكل مرده إلي ما يجب اتباعه من شكل وإجراءات معينة لإفصاح الإدارة عن إرادتها، وعيب الاختصاص يرتبط بالهيئة أو الشخص المكلف بمباشرة عمل من الأعمال، وعيب مخالفة القانون يلحـــق أساســـا بمحـــل القـــرار الإداري لمخالفته القواعد القانونية الموضوعية، أما عيب الانحراف بالـــسلطة فهـــو يـــرتبط بالغاية المراد تحقيقها من إصدار القرار.

وهكذا فإذا ما شاب القرار الإداري أحد هذه العيوب أو بعضها اعتبـــر القـــرار مخالفا للشرعية. [1] ويأتي تساؤل هام عن موطن عيب المـــشروعية فـــي دعـــوى إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري؟

حينما نتناول بالبحث موطن عيب عدم المشروعية الذي يبطل القرار المنفـــصل عن العملية العقدية فإننا نقسم موطن البطلان إلي قسمين:

أولا: حالة كون العيب في القرار الإداري ذاته

قد يشوب القرار الإداري في العملية التعاقدية عيب من عيوب التي قد تعتـــري القرار الإداري رغم سلامة العملية التعاقدية ذاتها مثال ذلك أن يصدر قـــرار الإذن بالتعاقد أو بالتصديق علي العقد من سلطة غير مختصة أو دون اتباع الإجـــراءات التي يحددها القانون، أو تصدر جهة الإدارة قرار به إنحراف بالـــسلطة برفـــضها إبرام العقد أو بإرساء المناقصة علي غير صاحب أفضل العطاءات.

---

d'Orleans et de Midi المجموعة صـــ٨٨٩، وكذلك حكمه الصادر فـــي ١٩٣٥/٧/٢٧ في قضية Nitras المجموعة صـــ٩١٥.

(١) راجع للدكتور/ محسن خليل- القضاء الإداري صـــ٤٢٥ وما بعدها د. محمـــد كامـــل ليلـــة المرجع السابق صـــ١١٤٨ وما بعدها البير روفائيل المرجع السابق صـــ١٩٣ وما بعدها.

وهناك بعض الأمثلة علي وجود العيب بذات القرار فـي القـضاء الفرنـسي والقضاء المصري نذكر منها الآتي:

أولا: القضاء الفرنسي

وردت في بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي تطبيقات علـي وجـود العيـب المبطل للقرار الطعين في ذاته.

نذكر منها:

١- الطعن في قرار المجلس المحلي بإبرام العقد لوجود عيب في الشكل ولم يـسبق هذا القرار تقرير من مدير الإقليم مثل سلطة الوصاية عن موضوع وزع علـي الأعضاء قبل الجلسة في موعد معين[١].

٢- قبول الطعن في قرار إرساء المناقصة في عقد قانوني خـاص" حيـث أن هـذا الطلب يرمي إلي إلغاء قرار المناقصات لتجاوز السلطة وأن الجمعية لا تـستند في تدعيم طعنها إلي إنكار أي حق متعلق بهـا ولكنهـا تنـازع فـي شـرعية المناقصة محتجة بأنها تمت علي أساس قرار وزاري غير مشروع. [٢]

بالنسبة للقضاء المصري:

تواترت أحكام القضاء الإداري المصري علي قبول الطعـن بالإلغـاء إذا تأسس علي عيب خاص بالقرار من أمثلة ذلك الأحكام التالية:

١- عدم مشروعية قرار إعادة المزايدة بعد رسوها علي المـدعي لمخالفـة هـذا القرار لنص المادة ١٤٧ من القانون المدني والمادتين ١١،٧ من القانون رقـم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات[٣].

---

(١) راجع مجلس الدولة الفرنسي ١٩٠٥/٨/٤ قضية Martin سالف الذكر.

(٢) مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٨/١٢/٥ قضية Secretaire d'Etat al'agriculturte c/ union des pecheurs a la ligne et au lancer de Grenobl et du Dep artemen de l'isere.

مجلة سيري سنة ١٩٥٩ قسم ٢ صـ ٥١، وما بعدها.

(٣) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليـا ١٩٦٩/٢/١ قـضية رقـم ٨١٢ لـسنة ١٣ ق

٢- طلب إلغاء القرار الإداري برفض تسليم المدعي التراخيص الثمانية لصدوره من سلطة غير مختصة ولمخالفة القانون وانطوائه علي إساءة استعمال السلطة أي أن الأسباب كلها خاصة بالقرار ذاته.

٣- الطعن بإلغاء مرسوم بقانون تشريع مشروع عقد التزام بمرفق عام لأن النشر كان غير صحيح. [١]

ويلاحظ أن الذي يقرر مشروعية هذه القرارات قاضي تجاوز السلطة (قاضي الإلغاء).

ثانيا: حالة كون العيب في العملية العقدية ذاتها

قد يشوب العيب العملية التعاقدية ذاتها أي يرتبط بها ومثال علي ذلك أن يصدر قرار عن مجلس محلي بإبرام عقد يتضمن شرطا مخالفا لنظام العام أو للقانون أو يرد تصديق سلطة الوصاية علي عقد غير مشروع[٢].

فالقاضي يبحث في هذا النطاق مدي مشروعية العملية ذاتها التي بني علي أساسها القرار لتقدير مدي سلامة هذا القرار.

تطبيق هذا العيب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي:

ومن التطبيقات المجسدة لإمكان بناء الطعن في القرار المنفصل علي أساس عدم مشروعية العملية ذاتها. في مجلس الدولة الفرنسي صدور الحكم بإلغاء قرار المجلس البلدي بإبرام التزام بتوزيع القوي الكهربائية لأن العقد يتضمن شرط احتكار بالمخالفة لنصوص القانون الصادر في ١٥ من يونيه وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في قرار سلطة الوصاية بالتصديق في مداولات المجلس البلدي بإبرام عقد التزام لأنه لم يراع في العملية العقدية القواعد التي يفرضها

مجموعة المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٤ق صـ٣١٢.

(١)راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٤/١٢/٢٢ قضية رقم ١٨٠٧ لسنة ٦ ق مجموعة أحكام القضاء الإداري السنة ٩ ق صـ١٧١.

(٢)راجع في ذلك ماسبينول ولاروك- الوصاية الإدارية سالفة الذكر صـ١٧٥.

القانون في منح الالتزامات[1].

كما قضي مجلس الدولة الفرنسي في حكم آخر بقبول الطعـــن بالإلغـــاء علـــي قرارات سلطة الوصاية بالتصديق علي مداولات المجلس البلدي بإبرام عقد امتيـــاز غير مشروع وإلغاء العقد.

ويلاحظ في هذا النطاق أن قاضي الإلغاء لا يتصرف في هذا الشأن كقاضـــي عقد، وإذا كان يأخذ العقد في اعتباره عندما ينظر في مدي صحة أو بطلان العملية التعاقدية عندما يكون موطن العيب بها فهو لكي يقدر مـــسألة المـــشروعية أمامـــه بصورة أفضل، والذي دعي امتداد نشاط قاضي الإلغاء إلي العقد ذاتـــه هـــو عـــدم منطقية بقاء العقد بحاجز يحميه من جزاءات هو في الواقع خاضع لها.

وقد قضي مجلس الدولة الفرنسي تطبيقا لذلك بإبطال العقد عندما يكون قـــرار إبرامه مشروبا بعيب الانحراف في السلطة. [2] وقضي بإبطال الشرط الذي تفرضه الإدارة علي المتعاقد معها بعدم الالتجاء إلي القضاء في أي نزاع بينها وبينه. [3]

وساير الفقه المصري الفقه الفرنسي ما تضمنته الأحكام السابقة لاتفاق أساســـها مع الأصول العام لأسباب الطعن بالإلغاء. ففي الفقه المصري يري رأي فقهيـــا" أن الطعن بالإلغاء علي القرارات الإدارية التي تسهم في تكوين العملية العقدية يـــشترط فيه أن يكون وجه الطعن عيب شاب القرار ذاتـــه أو شـــاب العقـــد الإداري كلـــه، وانعكس أثره علي القرار[4].

أما في الفقه الفرنسي فيري رأي فقهيا:

" أن القاضي يقوم في حقيقة الأمر في الفرض السابق بفحص القرار موضـــوع الطعن للتأكد من توافر شروط صحته ففي قضية المجلس المحلي Le Felvre قرر

---

(١)راجع في ذلك حكم Ville de Saverne في ١٩٥٥/٥/٤ صـــ٧٢.

(٢)راجع في ذلك بيكنو- الرسالة السابقة صـــ٥٨٢ A.C.Tilgien وكذلك مقاله السابق صـــ٩٧.

(٣)راجع في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٥٤/٣/٥ في قضية Demoiselle فـــي R-I-P-U-P صـــ٦٢٤.

(٤)راجع في ذلك للدكتور/ عبد المنعم جيره- آثار حكم الإلغاء المرجع السابق صـــ٢٠١.

القاضي فيه أن قرار إبرام العقد شاب بطلانه أحـد شـروطه، وأن مـصدر عـدم المشروعية يتمثل في الإعلان الجماعي عن إرادة أعـضاء المجلـس المحلـي أي بإبرامه، وليس مصدر عدم الشرعية ما أسفر عنه هذا الإعلان من اتفـاق إرادتـي المتعاقدين أي في العمل التعاقدي[1].

ثم يبني حكمه في ضوء ما ينتهي إليه قاضي العقد.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر إلي عدم قبول الطعن بالإلغـاء إذا كان مبنيا علي عدم صحة عقد من حيث شروطه الداخلية.

إلا أن الأحكام الحديثة تحررت من هذا القيد وقامت مباشرة بفحـص العمليـة التعاقدية. [2]

بالنسبة للقضاء المصري:-

يتجه القضاء المصري إلي بحث مدى سلامة العمليـة التعاقديـة ولـو كانـت تخضع لولاية القضاء العادي، وقد قبلت المحكمة الإدارية العليا الطعن بإلغاء قـرار صادر بالاستيلاء علي عدة سيارات مملوكة لإحدى الشركات تنفيذا للقانون الصادر بإسقاط التزام ترخيص النقل من مؤسسة أبو رجيلة، وكان فحص القـرار يـستلزم البحث في ملكية الشركة الطاعنة للسيارات، وقد رفضت المحكمة دفع الحكومة بعد الاختصاص وبررت ذلك" أما القول بأن الفصل في هذه الدعاوى يستلزم التطـرق إلي بحث مستندات الملكية، وهو بحث يخرج عـن اختـصاص محكمـة القـضاء الإداري فإنه مردود عليه بأن صحة القرار الإداري تتحدد بالأسباب التي قام عليها، ومدي سلامتها علي أساس الأصول الثابتة في الأوراق، ومدي مطابقتهـا للنتيجـة التي انتهت إليها وبحث ذلك يدخل بهذه المثابة في صـميم اختـصاص المحكمـة للتحقق من مطابقة القرار الإداري للقانون والتأكد من مشروعيته[3].

---

(١)راجع للفيه شارل هيبير المقال السابق صـ٢٣٢.

(٢)راجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩١٨/٢/٤ قـضية Consorts le clere – مجلة سيري سنة ١٩٣٩ قسم ٣ صـ٢٩.

(٣)راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٦/٣/٢٦ في القضيتان رقما ٤٤٤

ونحن نري في هذا النطاق أن القاضي الإداري حينما يراقب مشروعية القـــرار الإداري فهو يراقب أركانه موضوع الدعوى، وتشمل مشروعية القرار البحث عـــن الظروف الواقعية أو القانونية التي حدثت قبل إصـــدار القـــرار والتـــي أدت إلـــي إصداره، ولا ينظر إلي طبيعة هذه الظروف سواء كانت تنتمي إلي القانون الخاص أو القانون العام.

تقسيـــم:

بعد أن تناولنا في مقدمة هذا البحث بيان مجمل عن أوجه الطعن بالإلغاء نـــدلي بدلونا لتمحيص كل وجه من هذه الأوجه مع بيان مدي تطبيقها في العقود الإداريـــة في النقاط الآتية:

الفرع الأول: عيب عدم الاختصاص

الفرع الثاني: عيب الشكل والإجراءات

الفرع الثالث: عيب السبب

الفرع الرابع: عيب مخالفة القانون

الفرع الخامس: عيب الغاية

لسنة ٧ق، ٧٢٠ لسنة ٨ق مجموعة الإدارية العليا السنة ١١ق صـــ٥٦٥.

الفرع الأول

عيب الاختصاص وتمييزه

L'incompetence

مفهوم الاختصاص عموما هو " القدرة القانونية علي القيام بتصرف معين". أما مفهوم الاختصاص بالنسبة للقرارات الإدارية هو " قدرة الموظف قانونا علي اتخاذ القرارات التي تدخل في نطاق صلاحيته".

وبيان ذلك أن المشرع يقوم عادة بتوزيع الاختصاصات الإدارية علي الموظفين أعضاء السلطة الإدارية وفقا لنظام ترتيب الوظائف وتضيفها إلي عدة فئات تتدرج أفقيا بحسب الوظائف العامة التي يشغلونها، ومن ثم يضحي القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص نتيجة" عدم قدرة الموظف قانونا علي اتخاذه" وكذلك" عدم القدرة القانونية لسلطة من السلطات الإدارية علي إصدار قرار إداري ما لأنه لا يدخل في نطاق ما تملكه من صلاحيات مقررة لها قانونا. (١)

أما محكمة القضاء الإداري المصرية فقد عرفت عيب عدم الاختصاص إنه " عدم القدرة علي مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة أو من هيئة أو فرد آخر(٢).

ويمكننا أن نعرف عيب الاختصاص بأنه هو العيب الذي يتصل بأي شروط صحة القرار الإداري ويتمثل في صدور القرار عن جهة إدارية- أو موظف غير المختص قانونا بإصداره، وفي هذا الصدد قد يكون العيب بسيطا يؤدي إلي إلغاء القرار الإداري، كما قد يكون جسيما وفقا لما يقرره القضاء الإداري، ومن ثم يؤدي إلي إعدام القرار.

---

(١)راجع تعريف مصطلح " عيب الاختصاص في الفقه الفرنسي DE BBASCH op.Cit.P. ٧٦٩ .

(٢)حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٧ من يناير سنة ١٩٦٧ لسنة ٨ق- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة السنة الحادية عشرة صـ١٧٢.

ويلاحظ أن هناك فرقا بين اغتصاب السلطة وعيب عدم الاختصاص رغم أن فقهاء يخلطون بينهما.

فالفرق واضحا جلي بين كل من المصطلحين سالفي الذكر، فاغتصاب السلطة هو في حقيقته عيب يشوب ركن الإرادة في القرار الإداري، وذلك يحدث عندما يغتصب فرد عادي ليس بينه وبين السلطة الإدارية أية علاقة وظيفية، وذات الحال حال اغتصاب إحدى السلطات العامة اختصاص سلطة أخرى. فهنا لا يعد القرار الصادر في الحالتين السابقتين قرارا إداريا بالمعنى الصحيح بل هو عمل مادي.

أما عيب عدم الاختصاص فهو يتصل بقرار إداري صحيح أصلا بافتراضه صادرا عن جهة إدارية أو موظف إداري له سلطة إصدار القرار الإداري محل الطعن، ولكنه يشوب هذا القرار عدم المشروعية لكونه ليس من اختصاص هذا الموظف أو تلك الجهة الإدارية.

وبهذه المثابة يعتبر عيب عدم الاختصاص من العيوب الجوهرية التي تشوب القرار الإداري لذلك فهو يمتاز بأنه الوجه الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام[1]، ويترتب علي منحه هذه الصفة أنه للمدعي إبدائه كدفع أساسي في أية حال تكون عليها الدعوى، وللقاضي كذلك أن يتصدى له من تلقاء نفسه ولو لم يثيره رافع الدعوى- كما لا يجوز الاتفاق علي مخالفته أو تعديل قواعده أو التنازل عنه لإدارة أخري، ومن ناحية أخرى إذا صدر القرار محل الطعن مشوبا بعيب عدم الاختصاص فإنه لا يصححه إلا قانون جديد يجعل الاختصاص لمن أصدر القرار المعيب وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في إحدى أحكامها" ويعتبر القانون الجديد والحالة هذه وكأنه صحح القرار المطعون فيه بإزالة عيب عدم الاختصاص الذي كان يعتريه[2].

---

(1) راجع في ذلك أ.د/ مصطفي أبو زيد فهمي- المرجع السابق صـ٦٨٣، وكذلك حكم القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/١/٢٧ في القضية رقم ١٧٦٧ لسنة ٨ ق- المجموعة السنة ١١ق ص ١٧٢.

(2) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٥٠٤ لسنة ١٦ ق الصادر في ٢٢ من يناير وكذلك حكمها الصادر في ١٩٧٤/١/٢٦ القضية رقم ٢٣١ لسنة ١٦ ق المجموعة

وتنقسم صور عدم الاختصاص إلي ثلاث صور وهي:

أولا: عدم الاختصاص الموضوعي:

L'incompetence ratione materiae

ويقصد بعدم الاختصاص الموضوعي بأن يصدر قرار في موضوع معين من اختصاص موظف أو هيئة غير التي قامت بإصداره.

ويتحقق ذلك عندما يكون الأثر القانوني الذي يترتب علي القرار ما لا يختص مصدر القرار بترتيبه قانونا لكون المشرع جعل مناط إصداره من اختصاص جهة إدارية أخري.

ويلاحظ أن كافة العيوب التي تندرج في هذه الصورة من صور عدم الاختصاص الموضوعي هي عيوب تؤدي إلي قابلية القرار المشوب بها لإلغاء لمخالفة القرار المعيب بها لقواعد الاختصاص، ولكن لا يقف عيب عدم الاختصاص عند حالاته العادية السابقة بل قد يصل إلي حد الجسامة، وهو ما يطلق عليه الفقهاء" اغتصاب للسلطة" ويكن من أثره فقدان القرار لصفته وطبيعته الإدارية ويعتبر قرارا منعدما.

وبتحليل أحكام القضاء الإداري في هذا الشأن نلاحظ أن أهم المخالفات الجسيمة لقواعد الاختصاص تتمثل في الآتي:

١- صدور القرار ممن لا يتصف بصفة التشريعية أو القضية.

٢- صدور قرار يدخل في اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية.

٣- إذا صدر القرار من موظف لا يملك سلطة إصدار القرارات الإدارية.

٤- إذا صدر القرار من جهة إدارية في نطاق الوظيفة الإدارية عموما ولكنه يتضمن اعتداء علي جهة لإدارة أخري.

ويجدر بنا أن نبين للقارئ أن كل من مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة

السنة ١٩ ص١٠٣، والحكم الصادر في ١٩٥٩/٥/٩ الصادر في القضية رقم ٢١٧ لسنة ٤ ق المجموعة السنة ٤ ق ص ١٣٤٢.

المصري لم يحسما الحالات التي تنطوي علي اغتصاب للسلطة ويعلل بعض الفقهاء ذلك بغموض الدستور المحدد للاختصاص وعدم وضع حدود توضح مجال كل من القانون والقرار الإداري[1].

ثانيا: عدم الاختصاص المكاني

يتحقق هذا العيب عندما يصدر أحد موظفي السلطة الإدارية قرارا يتجاوز به الدائرة أو النطاق الإقليمي المحدد له الممارسة فيه اختصاصاته.

وعبرت محكمة القضاء الإداري عن تلك الصورة بقولها" الاختصاص الوظيفي لكل موظف إنما هو منوط بالمكان المعين[2].

ثالثا: عيب الاختصاص الزماني

إذا كان لكل موظف ولكل جهة إدارية نطاق إقليمي تباشر فيه اختصاصاتها كما سبق البيان فإنه لكل منهما أيضا نطاقا زمنيا تباشر اختصاصها خلاله، وعلي ذلك يجب أن تمارس الاختصاصات الوظيفية خلال الأجل المحدد لممارسته.

وترتيبا علي ذلك فإذا مارس الموظف أعمال الوظيفة العامة وأصدر قرارات إدارية معينة بعد انتهاء علاقته الوظيفية بالإحالة للمعاش لبلوغ السن القانوني أو لاستقالته فإنه يعد متجاوزا اختصاصاته إلي اختصاص خلفه مما يصم تصرفه بعيب عدم الاختصاص الزماني.

نطاق تطبيق عيب عدم الاختصاص علي العقد الإداري

عدم اختصاص الشخص العام بالنسبة لنطاق العقد الإداري تعني عدم القدرة علي القانونية علي إبرام العقد[3]، ومن ثم فإنه يمكن أن تؤثر في صحة انعقاده

---

(١) راجع في ذلك أ.د / سليمان الطماوى – قضاء الإلغاء– ص٧٠٧.

(٢) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٨/١١/٢٧ – المجموعة السنوات ١٩٦٦– ١٩٦٩– ص ٤١٥.

(٣) د./ محسن خليل، المرجع السابق ص ٤٥٤، وما بعدها، ود./ مصطفي كامل المرجع السابق ص ٥٥٦، د. / عثمان خليل المرجع السابق ص ٤٣٤.

وعدم الاختصاص يتعلق من جهة باختصاص الشخص العام ذاته في التعاقد، ومـن ناحية أخرى باختصاص الموظفين الذي باشروا إجراءات المتعاقد بـدءا باختيـار المتعاقد وانتهاء بإبرام العقد وتوقيعه.

وهذا الموضوع يثار بشأنه أكثر من تساؤل يتعلق بداية بمـدي اعتبـار العقـد داخلا في دائرة الاختصاص القانوني للشخص العام، وكذا بمدي اختـصاص كـل موظف في كل مرحلة من مراحل إبرام العقد المتعددة والتي تبدأ بأسـاليب اختيـار المتعاقد وانتهاء بقبول العقد أو توقيعه.

أولا: حول عدم اختصاص الشخص العام بإبرام العقد الإداري

تظهر حالات عدم اختصاص الشخص العام بإبرام العقد الإداري، حـال قيـام إحدى المجالس المحلية خطأ بإبرام عقد يتعلق بنطاق شخص محلي آخر.

وقد قضي مجلس الدولة الفرنسي ببطلان القرار الصادر من المجلـس الإداري لإحدى المحليات بالتعاقد علي أحد الأشياء المملوكة مشاعا لأكثر من وحدة محليـة والتي يجب أن يصدر القرار من المجلس الإداري بمجموعة هذه الوحدات[1].

وبالنسبة للاختصاص النوعي فهو يرتبط بقاعدة تخصيص الأهـداف بالنـسبة للأشخاص العامة، إذ أن الأشـخاص المعنويـة .لعامـة لا يمكـن لهـا مباشـرة اختصاصاتها إلا داخل النطاق المرسوم والمحدد لها سلفا.

ويختلف الفقه الفرنسي بالنسبة للأشخاص العامة التي تخضع لقاعدة التخصيص فيري البعض أن المؤسسات العامة وحدها هي التي تخضع لقاعـدة التخـصيص[2] في حين يري البعض الآخر[3] أن قيد التخصيص تخضع له كل الأشخاص المعنوية العامة إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تطبيق هذا المبدأ علي الدولة التي تقـوم

---

(١) C.E.٢٦ Avril, commune de larran, ١٩٨٥, Rec.P.١٢٩.

(٢) La spécialité des personnes publiques en droit administratif, francais R.D.p. ١٩٧٢, P. ٧٥٣j.c. Douence. G.pequignot, op.cit.,p.١٩١. G.Vodel, p. Delvolve, op. cit., Tom١١, p.٣٨٦.

(٣) Dominique pouyaud, op. cit., P.٣١.

بتحديد أوجه نشاطها بمطلق سيادتها، حيث يقرر أن مبدأ التخصيص الذي يتعلق بالأشخاص العامة ذات الاختصاص المحدد أو المقيد بالنصوص المنشأة لها لا يمكن الاستناد إليها فيما يتعلق بالدولة.

وبناء علي ما تقدم، فإنه يمكننا القول أن قيد التخصص يتعلق أساسا بالمؤسسات العامة التي تتجاوز نطاق أهدافها وتخضع الوحدات المحلية لهذا القيد أيضا رغم أنها لا تتجاوز اختصاصها إلا نادرا[1].

وتطبيقا لذلك قضي مجلس الدولة الفرنسي ببطلان القرار الصادر من المجلس البلدي بشراء سيارة إسعاف وأدوية لأسبانيا علي اعتبار أنه لا يتعلق بأي مصلحة للوحدات المحلية[2].

أما بالنسبة للدولة فإنها وأن كانت لا تخضع بصفة مباشرة لقيد التخصص إلا أنها لا يمكنها الاعتداء علي اختصاص الوحدات الإقليمية، وفي ذلك قضي مجلس الدولة الفرنسي ببطلان العقد الذي يبرمه حاكم الإقليم باسم إحدى المحليات في غير الفروض التي يحل فيها محل عمدة هذه المقاطعة[3] وعلي ذلك فقيام الدولة أو المقاطعة بمنح امتياز يدخل في اختصاص إحدى المحليات يقع باطلا.

ثانيا: عدم اختصاص القائمين علي إبرام العقد

يختلف الأمر بحسب الجهة المختصة بإبرام العقد ما إذا كانت هي الدولة أم إحدى المحليات.

فبالنسبة لعقود الدولة فإن القواعد التي تنظم الاختصاص بشأن توقيع عقود الدولة تتشابه إلي حد كبير لقواعد الاختصاص التي تطبق في شأن التصرفات المنفردة للإدارة، فهي كقاعدة عامة توقع بواسطة الوزير[4] أو من يفوضه في

---

(١) C.E.٤ mars, ١٩٣٨- ١١١- ٢٩.

(٢) C.E.١٦ juillet, ١٩٤١, syndicat de défense des contribuables de Goussan ville Rec. p. ١٣٧.

(٣) A.de laubadere, f, Moderne, p. Delvolve, op. cit., p. ٥٠٠.

(٤) راجع في ذلك أ.د/ محمد خيري ميرغني، المنازعات الإدارية ومجلس الدولة طبعة ١٩٩٠

التوقيع واستثناء يمكن أن يعهد إلي سلطة أخرى في توقيع العقد.

أما بالنسبة لعقود المحليات:

فإنه يلزم لصحة هذه العقود أن يصدر قرار من المجالس الإدارية بالتعاقد ثم يتولى بعد ذلك العضو التنفيذي إبرام العقد وفقا للشروط التي صدر بها القرار من مجلس الإداري وهو العضو المختص[1].

الفرع الثاني

عيب الشكل والإجراءات

تعريف عيب الشكل وأهميته:

عيب الشكل هو مخالفة الإدارة للقواعد الإجرائية واجبة الاتباع في إصدار القرارات الإدارية[2].

ولقواعد الشكل أهمية لا تنكر في مجال القرارات الإدارية إذ تهدف إلي حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في نفس الوقت.

فنجد من الناحية الأولي أن تلك القواعد تهدف إلي الصالح العام وتحث الإدارة علي التروي والتدبر في إصدار القرارات الإدارية بالأخذ في الاعتبار الظروف الملابسات المحيطة بموضوع القرار تحقيقا للمصلحة العامة.

ومن الناحية الثانية فإن احترام الإدارة لقواعد الشكل يحقق صالح الأفراد ضد احتمالات تعسفه، وكما يقول الفقيه الألماني الكبير " اهرنج Ihering " أن الشكليات والإجراءات تعد الأخت التوأم للحرية وهي العدو اللدود للتحكم والاستبداد.

ولكن إذا كان الهدف في تقرير القواعد الشكلية هو حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد غير أن شدة التمسك بالشكليات وترتيب البطلان كجزاء

ص ٢٨٩.

(١) أ.د/ سليمان الطماوي- الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ص ٣٦٧ وما بعدها.

(٢) راجع Berlia le vice de from et controle de la legalite des actes administratifs R.D.p. ١٩٤١ p. ٣٧٥.

للقرار الإداري الذي أغفلت الإدارة في إصداره أي شكلية من الـشكليات كبيـرة أم صغيرة من شأنه أن يؤدي إلي بطء الإدارة وجمودها في سير العمل الإداري ممـا يؤدي إلي الإضرار بالصالح العام والخاص علي حد سواء.

وإزاء ما تقدم عمد القضاء إلي التفرقة بين قواعد الـشكل فهنـاك إجـراءات وشروط شكلية يتحتم اتباعها بحيث تستتبع مخالفتها إلغاء القـرار، بينمـا لا تنـال مخالفة بعض قواعد الشكل من صحة القرار ولا تؤدي مخالفتها بالتالي إلي تقريـر البطلان.

وتطبيقا لذلك فرق مجلس الدولة الفرنسي بين الشكليات الجوهرية[1] والشكليات الثانوية[2]، وتابع مجلس الدولة المصري قرينة مجلس الدولة الفرنـسي فـي هـذا الخصوص إذ أعلن في أحكامه أن مخالفة الإجراءات الشكلية الجوهرية هي وحدها التي تبطل القرار الإداري بينما لا تؤثر الإجراءات الشكلية الثانوية علـي صـحة القرار ولا تؤدي بالتالي إلي إلغائه ذلك أنه " يجب التنبيه إلي أن القـرار الإداري لا يبطل لعيب شكلي إلا إذ نص القانون علي البطلان عند إغفال هذا الإجراء أو كـان هذا الإجراء جوهريا في ذاته بحيث يترتب علي إغفاله بطلان القرار[3].

نطاق تطبيق عيب الشكل والإجراءات علي العقد الإداري

يقصد بعيب الشكل في دائرة العقود الإدارية بأنه العيب الذي يلحق بالسند ذاتـه وهو العيب المادي كما أنه يتعلق بالعيوب التي تتحقق بإجراءات التصرف ذاتـه[4] ومن الجدير بالملاحظة إن طبيعة العقود الإدارية لا تقوم أساسا علـي الـشكلية[5]

---

(١) Les forma lites Substantilles (ou essentielles)

(٢) Les forma lites accessoires (ou secondaires).

(٣) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٩٦٩ لسنة ٢ ق مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثالثة ص ٧٤.

(٤) د./ فؤاد العطار، القانون الإداري طبعة ٧٦ صـ٥٤٣ وما بعدها، د./ مـصطفي عفيفـي- المرجع السابق صـ٢٤ وما بعدها.

(٥) د./ سليمان الطماوى المرجع السابق صـ٣٣٣.

فالإدارة تستطيع إبرام عقودها بالمخالفة للعقود النموذجيـــة أو كراســات الــشروط ودون اتباع أية شكليات ويميز القاضي الإداري بين الشكليات الأساسية والــشكليات الثانوية[1].

وسوف نعرض في نطاق هذا البحث لنقطتين هما:

أولا: مدي استلزام الشكل الكتابي للعقد الإداري

مسألة الشكل الكتابي للعقد الإداري كمعيار يميزه عن العقود المدنية كانت مثار خلاف وجدل فقهي انتهي إلي ما استقر عليه الفقه والقــضاء الفرنــسي علـــي أن الاشتراط أن يكون العقد مكتوبا وهو شرط متعلق بــصحة العقــد ولــيس خاصـــا بطبيعته.

وفي مصر لم يشترط المشرع صراحة إجراء شكلا معينا في إبرام عقد معـــين فإنه يكفي توافق إرادة الإدارة والمتعاقد معها لقيام الرابطة العقدية وفي هذا المعـــين قررت محكمة القــضاء الإداري فـــي القــضية رقـــم ١٤٧٤ لــسنة ١ق لجلــسة ١٩٥٩/١/٤ بأن المدعي عليه بتقدمه إلي الحكومة للحصول منهـــا علـــي أذونـــات تسليم الدقيق لمصنع المكرونة يكون في الواقع قد قبل جميـــع مـــا نــصت عليـــه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بصناعة هذا الصنف، ويكون بذلك قــد نــشأ بينه وبينها عقد إداري غير مكتوب إذ لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوبا وهذا العقد قد بينت قواعده وأحكامه وشرائطه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بهذا الصنف.

ومن هنا نري إنه إذا كانت العقود غير المكتوبة هي أصلا من عقــود القـــانون الخاص إلا أن العقد الإداري قد يكون هو الآخر غير مكتوب وفي هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية الغير مألوفة مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة مـــن الأصل ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند نشأته وبعد إبرامه وتسري عليه هـــذه القواعد، وهي التي تسبغ عليه أساسا ومع توافر باقي الأركان صفة العقــد الإداري

---

(١) C.E.٢٣ Octobre, ١٩٥٧, Csrtsoudeville, T.P.١٠١٢.

اعتبارا بأن الشروط الاستثنائية لا يجب حتما أن تكون شروطا رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان وقت إبرام العقد بل قد يفرضها عليها القانون سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك في إدارته وتسييره [1].

إلا أنه ينبغي أن نلاحظ أن العقد غير المكتوب وسيلة غير مألوفة في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلي إثبات روابطها العقدية بالكتابة- لا يزال العقد غير المكتوب يؤدي دورا كاملا لبعض أنواع العقود الإدارية يجوز للإدارة أن تتحلل من الشكل الكتابي للعقود وفي معظم الحالات تتضمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية إلي وثيقة مكتوبة- يستند القضاء أحيانا إلي هذه الوثائق المتبادلة بين الأفراد والإدارة للقول بقيام الروابط التعاقدية حتي ولو كانت طبيعة العقد تستلزم الصورة الكتابية فللجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك- لا يكون للطرف الآخر المتعاقد مع الجهة الإدارية إلا الحق في التعويض، وإن كان له وجه سلطة مطلقة ولكنها مقيدة لتوافر شرطين هما:

١- أن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق إنهاء العقد.

٢- ألا يكون قرار الإنهاء مشوبا بالانحراف بالسلطة[2].

إلا أنه في بعض الحالات يتطلب المشرع الشكل الكتابي في العقد مثال علي ذلك ما نصت عليه المادة رقم ٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨" يجب أن يحرر العقد متي بلغ مجموع قيمة ما رسي توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد، ويحرر العقد من ثلاث نسخ علي الأقل تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصور من كشف التفريغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعاقد

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢.

(٢)حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٢٨٩ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠.

وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ.

كما تنص المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات سالف الذكر علي أنه" علي مقدم العطاء مراعاة ما يلي في إعداده لقائمة الأسعار (جدول الفئات) التي يتم وضعها داخل المظروف المالي.

١- أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقما وحروفا باللغة العربية ويكون سعر الوحدة في كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عددا أو وزنا أو مقاسا أو غير ذلك دون تغيير في الوحدة.

ويقرر الأستاذ الدكتور الطماوى أن عدم مراعاة الشكل الكتابي للعقد في فرنسا يرتب آثاراً بالغة الخطورة ويهمنا في مصر أن الشكل الكتابي يثبت به تاريخ العقد، ولا يمكن إنكاره إلا بالطعن بالتزوير ويترتب علي عدم مراعاة الشكل الكتابي للعقد بطلانه.

إلا أننا نري أنه ليس من الضروري لإصباغ الطبيعة الإدارية علي العقد إفراغه في شكل كتابي فإنه يصح أن يكون العقد شفويا وأن شرط الكتابة في العقد لا يعدو أن يكون شرطاً متعلقاً بصحة العقد وليس شرطا لإضفاء الصفة الإدارية علي العقد[1]. إلا أن هناك بعض الفقهاء يرون أن شرط الكتابة هو شرط ضروري لاعتبار العقد إداريا[2].

وإذا ذكرنا فيما سبق أن شرط الكتابة ليس شرطا ضروريا لإضفاء الطابع الإداري علي العقد إلا أننا نتحفظ علي ذلك بالقول بأن العقد الشفوي غير مألوف في المجال الإداري حيث أن العقد المكتوب يسهل تضمينه شروطا استثنائية تظهر فيه نية الطرفين في الأخذ بأسلوب القانون العام إلا أن الشروط الاستثنائية لا يشترط تدوينها في العقد بل يمكن أن تدرج في القوانين واللوائح.

وتحمل محكمة القضاء الإداري المعني السابق في حكمها الصادر في

---

(١) راجع في تأيد هذا الرأي الفقيه De Lubadere op.Cit., p. ١٦٠.

(٢) Arrighi Essai sur- le caraqctere administratif des marches de Fournitures- these Paris ١٩١٥ P. ٥٧ et ٦٧.

١٩٥٧/٦/٢ حيث تقول" من العقود الإدارية ما يجب من حيث الشكل أن يكون مكتوبا حيث تيسير تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص علي أن مسألة شكل العقد الإداري كمعيار يميزه عن العقود المدنية كانت مثار خلاف وجدل انتهي الرأي فيه واستقر الفقه والقضاء الفرنسي علي أن اشتراط أن يكون العقد مكتوبا هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته وأنه إذا كانت العقود غير المكتوبة هي أصل من عقود القانون الخاص إلا أن العقد الإداري قد يكون هو الآخر غير مكتوب وفي هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية غير المألوفة مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الأصل ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند إنشائه، وبعد إبرامه تسري عليه هذه القواعد وهي التي تسبغ عليه أساسا مع توافر باقي الأركان صفة العقد الإداري اعتبارا بأن الشروط الاستثنائية لا يجب حتما أن تكون شروطا رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان وقت إبرام العقد بل قد يفرضها عليهما القانون سلفا أو يستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك في إدارته وتسييره".

وهذا ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا حيث تقول" ومن حيث أن العقد غير المكتوب ولئن كان غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلي إثبات روابطها التعاقدية بالكتابة إلا أنه لا يزال يؤدي دورا مكملا لبعض أنواع العقود الإدارية فقد تركن إليه مع بعض المتعاقدين إذا اتفقت معهم علي تكمبل أغراض التعاقد من ناحية من النواحي التي أنصب عليها[1].

وفي فرنسا نجد حكم Epaux Bertin الذي أرسي معيار تنفيذ المرفق العام كمعيار كاف بذاته لطبع العقد بالطابع الإداري كان متعلقا بعقد شفوي.

ثانيا: أثر الإجراءات الباطلة علي العقد

إذا لم تراع الإدارة الإجراءات المنظمة لقواعد إبرام عقودها فما هو أثر ذلك علي صحة العقد الإداري؟

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٨/٥/١٨ المجموعة السنة ١٣ ق.

للإجابة علي هذا التساؤل نتناول تباعا كل إجراء علي حدة:

أ- بالنسبة لاختيار أسلوب التعاقد:

الأصل العام المقرر في مصر أن المناقصة هي الأساس في اختيار المتعاقد، علي عكس الأمر في فرنسا فلم يعد للمناقصة العامة أي دور أساسي في اختيار المتعاقدين مع الإدارة وذلك ما لم يكن هناك نص خاص يلزم الإدارة بإجراء مناقصة عامة وكذلك الأمر في مصر فإن الإدارة إذا لجأت إلي استخدام أسلوب آخر غير المناقصة في غير الحالات التي يجوز لها فيها إبرام العقود بأسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر علي الرغم من وجوب إجراء مناقصة عامة، فإن العقد يقع باطلا(١) أو إذا لم تحترم القواعد العامة التي تحكم المناقصة العامة كأن تقوم الإدارة بترسية العطاء علي صاحب عطاء لم يكن هو العطاء الأقل سعراً.

وأخيرا فإنه للقاضي الإداري مراقبة مدي احترام الإدارة للتنظيم القانوني المقرر لأسلوب التعاقد وإلا ترتب البطلان(٢) جزاء علي عدم احترام هذه الإجراءات.

ب- إجراءات التعاقد:

أيا كان أسلوب اختيار المتعاقد فإن الإدارة ملزمة باحترام الأوضاع والإجراءات المقررة لكل أسلوب من هذه الأساليب إذا قررت الإدارة اختيار أسلوب معين. (٣)

ويتمثل هذا الالتزام في احترام القواعد الموضوعية لكل أسلوب من هذه الأساليب والتي تتعلق أساسا بحرية المنافسة والقواعد التي تحكم ترسيه العطاء علي أصحاب العطاءات وكذلك لقواعد الشكل التي تحكم فهي تعتبر من الأسس

---

(١) C.E. ٢١ janvier ١٩٣٦, Crochant, Rec. p. ٩٣٠, ٢٧ Novembre ١٩١٢, Bongrand et D.Dupin, ٣٣٥; er Avril ١٩٥٥, Le France, Rec, p. ١٩٩.

(٢) C.E.٢٣ Mai, ١٩٧٩, cne de fontenay, le fleurym P. ٢٢٦; ٢٩ , janvier ١٩٨٢. Martin, Rec. P. ٤١, P.٨ decemberm ١٩٨٣. soc. Losfled, indurtie, A. J.١٩٨٣, P.٢٦٥.

(٣) C.E.٩ Mars, ١٩٦٠, Massida, Rec. P. ١٨٧.

الرئيسية التي يقوم عليها إبرام العقود الإدارية.

وفي ذلك قضي مجلس الدولة الفرنسي[١] ببطلان الإجراءات كلما كـان هنـاك تمييزاً من جانب الإدارة ولو كان غير مباشر فاعتبار إجراءات الممارسة المتعلقـة بإنشاء مجموعة من المساكن معيبة لأن لجنة البت في الممارسة بعد أن قامت بفـتح المظاريف قررت إنقاص عدد المساكن المزمع إنشائها وقد طلب من خمسة مقاولين فقط من المتقدمين لممارسة إيداع عطاءات جديدة عن العملية بعد تعديلها.

وأخيرا فإن القضاء الإداري إجراءات إبـرام العقـود، وكلمـا كانـت هـذه الإجراءات محددة فإن الإدارة لا تستطيع تعديل الـشروط الموضـوعية ويتـدخل القاضي الإداري لتأكيد احترام مبدأ المنافسة الحرة[٢].

جـ مرحلة اختيار المتعاقد وإبرام العقد:

يجب أن يكون هناك تطابق بين العطـاء الـذي تختـاره الإدارة ومـشروعها التعاقدي المزمع تنفيذه ويراقب القاضي الإداري مشروعية هذا الاختيار علي الأقل في مدي مطابقة العطاء الذي اختارته الإدارة للقواعد الأساسية للمشروع[٣].

وتتمتع جهة الإدارة بقدر كبير من الحرية في اختيار المتعاقد معها حينما تتعاقد عن طريق الممارسة حيث يعتبر السعر أحد أسس الاختيار، وهذا يقيد إلي حد كبير الرقابة القضائية علي هذه الإجراءات وتقتصر أوجه عدم المشروعية علي الخطـأ الظاهر في التقدير[٤]. وعلي عكس الممارسة فإن المناقصة تستوجب التعاقـد مـع صاحب أقل العطاءات بشرط أن يكون السعر داخل حدود السعر الأساسـي الـذي حددته الإدارة مسبقا[٥].

---

(١) C.E.١٩ décembre ١٩٦٩, Société socosat, Rec.P.٥٩٤.

(٢) C.E.١٨ décembre, ١٩٦٨, compagnie général des Eaux P.٦٥٤; ٢٣ Janvier ١٩٧٤, sieur voit, R.D.pp.١١٧١.

(٣) C.E, ١٨ Juillet, ١٩٣٦, Schmidt, Rec.P. ٨٠٢.

(٤) C.E.١١Décembre ١٩٨٠, sté Hit tv.A.j.١٩٨٧. P.٨٠ et ٩٣٥.

(٥) C.E, ١٩ Mars, ١٩٦٩, cne de st. Maur les fassés. Rec. P. ١٧٠.

ثالثا: أثر مخالفة القواعد الشكلية علي العقد الإداري

تعد القواعد الشكلية التي تحكم إبرام العقود الإدارية انعكاسا للقواعد الموضوعية التي تحكم عليه إبرام العقود الإدارية، وهي تتعلق أساسا بالإعلان عن المناقصة أو الممارسة وهو الذي يهدف أساسا إلي احترام مبدأ المنافسة وتمكين الراغبين في التعاقد مع الإدارة أن يتقدموا بعطاءاتهم.

ويترتب علي عدم احترام الشكليات الأساسية في الإعلان بطلان الإجراءات المبنية عليه سواء بالنسبة للممارسة ذاتها أو بالنسبة للعقد الذي جري إبرامه بناء علي هذه الإجراءات(١).

أما بالنسبة للقواعد الشكلية الأخرى غير تلك التي تتعلق بالإعلان فإنها تعتبر من الشكليات الثانوية التي يمكن تغطيتها والتي لا تستوجب كقاعدة عامة بطلان المناقصة(٢).

ويراقب القاضي الإداري العطاءات والشكليات المتعلقة بها والتي من أمثلتها تقديم العطاءات علي أوراق مدموغة(٣)، وكذلك إيداع العطاءات خلال الأجل المحدد لإيداعها شريطة أن يحدد هذا الميعاد بالإعلان كما يراقب القاضي تشكيل لجنة البت والتي تعتبر أحد الضمانات المقررة للمتنافسين(٤) خاصة إذا كان هذا التشكيل محددا بنص خاص(٥).

(١) C.E.٧ Juillet, ١٩٨٢, cne de gui. Mme courtet. D.A.١٩٨٢. no. ٢٩٤.

(٢) C.E.١٢ Décembre, ١٩٧١.

(٣) C.E.٢١ Mars, ١٩٦٢, Soc. Nationale des chantiers de reconstruction, Rec. P. ٢٠٠.

(٤) C.E. ٢٠ Janvier, ١٩٣٣,Hospices d'amiens, Rec. P. ٩٨.

(٥) C.E.٥, October, ١٩٦٢, Hur, Rec. P. ٥١٥.

الفرع الثالث

عيب السبب

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تـدفع بجهـة الإدارة إلي إصدار القرار الإداري. ويتحقق عدم مشروعية القرار الإداري بالنسبة لعيـب السبب إذا كانت الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة مـن حيث تكييفها القانوني.

فقد يحدد المشرع لجهة الإدارة في حالة توافر شروط معينة أن تصدر القـرار الإداري وقد يترك المشرع لجهة الإدارة السلطة التقديرية في اختيار السبب، إلا أن في الحالة الأخيرة يتعين علي جهة الإدارة الإفصاح عن السبب الذي استندت إليـه في إصدار قرارها.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامهـا:" أن القـرار الإداري سواء كان لازما تسببه كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازما يجـب أن يقـوم علي سبب يبرره صدقا وحقا أي في الواقع وفي القانون، وذلك كركن مـن أركـان انعقاده باعتبار القرار تصرفا قانونيا، ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه"[١].

كما قضت محكمة القضاء الإداري بأن " أسباب القرارات الإداريـة يجـب أن تكون محققة الوجود وقائمة من وقت طلب إصدارها إلي وقت صـدورها بحيـث تصدر تلك القرارات قائمة عليها باعتبارها أساسا صادقا، ولها قوام في الواقع"[٢].

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٥٨/٧/١٢ في القضية رقـم ٥٨ لسنة ٤ ق المجموعة السنة ٣ ق ص ١٧٢٩، وكذلك حكمها الصادر في ١٩٥٥/١/١٥ في القضية رقم ١٥٩ لسنة ١ ق المجموعة السنة الأولي ص ٤٣.

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٤٩/٢/٢٤ في القضية رقم ٧٩ لسنة ٢٥ق المجموعة السنة ٣ ق ص ٣٨٥.

نطاق تطبيق عيب السبب علي العقد الإداري

من المسلم به أن مراقبة انعدام السبب تقتضيه قواعد العدالة إذ لا يمكن أن يلتزم شخص دونما سبب، وكذلك فإن رقابة مشروعية سبب الالتزام مرده إلي حماية الأفراد.

وقد تعرضت محكمة القضاء الإداري إلي ركن السبب في الاتفاقات الإدارية تقول فهي"... ومن حيث إن التزام صاحب المطحن بإنتاج عدد معين من أقات الدقيقة الصافي من كل إردب من القمح الذي تقوم بتسليمه أية سلطات التموين ثم مساءلته عن عدم إنتاج هذا المقدار يجب أن يقوم علي سبب قانوني، وهذا السبب يكون إما بنص في التشريع أو بنص في لائحة صادرة من جانب المطحن بمثل هذه المعدلات المقررة عند إبرامه العقد مع جهة الإدارة التي تهيمن علي مرفق التموين في البلاد. وأما باتفاق يتضمن ذكر المعدل المقصود وينبه ضرورة الإنتاج علي مقتضاه فإذا جاء خلوا تماما من مثل هذا النص فقد يسترشد القاضي بما هو من مستلزمات العقد وفقا للصرف الجاري في التعامل بحسب طبيعة كل التزام".[1]

وفي فرنسا يعول القضاء الإداري علي قيام السبب عند إبرام العقد فإذا كان السبب موجودا وقت إبرام العقد فإنه يرفض بطلان العقد[2].

ويستتبع تناول عيب السبب في العقد الإداري التعرض للنقاط الآتية في نطاق البحث:-

أولا: انعدام السبب في العقد

العقد الذي لا سبب له لا ينتج أي أثر، فالسبب يعتبر عنصرا من عناصر العقد ومن أجل ذلك قضي مجلس الدولة الفرنسي بطلان عقد شركة الوسائل البحرية وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه بمقتضى مرسوم ١٩٣٩ بشأن تأمين إخطار الحرب والذي ألزم شركات التأمين بتغطية أخطار الحرب للسفن حمولة ٥٠٠ طن علي الأقل باستثناء الذين سبق لهم إبرام عقود تأمين وكانت هذه الشركة أبرمت

---

(١) محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق جلسة يونية ١٩٥٧.

(٢) C.E., ١٩ Février, ١٩٨٨, SARI- poregestion c/cne de saint ouen, D.A., ١٩٨٨, no.١٧٥.

عقدا في فبراير ١٩٣٩ مع الحاكم العام للهند الصينية تـضمنت بعـض شـروطه الآثار المترتبة علي عقد التأمين والمتعلقة بتغطية أخطار الحرب، ولم يتضمن العقد أي أعباء تلتزم بها الدولة في مقابل هذا التأمين من جانب الشركة وقد اعتبر مجلس الدولة أن التزام الشركة لحظة إبرام العقـد قائمـا علـي غيـر سـبب مـستوجبا للبطلان(١).

ويلاحظ أخيرا أن رقابة القضاء الإداري علي التحقق من قيام ركن السبب فـي عقود الإدارة تأسيسا علي أن الأشخاص العامة لا يمكن إلزامهم بدفع مبـالغ نقديـة في الحالات التي لا يجب فيها ذلك غير أنه لا يشير في ذلك إلـي مبـدأ ضـرورة وجود السبب.

ثانيا: غياب السبب بعد إبرام العقد

إن غياب سبب العقد بعد إبرام يبرر فسخه لابطلانه، ويبحث القاضـي الإداري مدي تحقق السبب وقت إبرام العقد فإذا طرأت ظروف بعد إبرام العقـد أدت إلـي انعدام السبب الذي قام عليه وقت إبرام العقد فإن ذلك ليس من شأنه بطلان العقد.

وفي ذلك قضي مجلس الدولة الفرنسي برفض طلب أحد المتطـوعين يـدعي Michaux كان قد أبرم عقد تطوع لتحرير الأراضي الفرنسية من المحتل الألماني ولكي يساهم بدور فعال في تحقيق هذه المهمة إلا أنه ألحق فيما بعد بوحـدة غيـر مقاتلة وذلك تأسيسا حسبما رأي مجلس الدولة أن إلحاقه بالوحدة غير المقاتلة فيمـا بعد إبرام العقد لضرورات لاحقة علي إبرامه ليست من شأنها أن تفقد العقد سـببه الصحيح الذي قام عليه العقد لحظة إبرامه ولا تبرر الحكم ببطلانه"(٢). ويلاحظ أنه من الصعوبة تحديد ما إذا كان العقد منعدم السبب منذ لحظة إبرامه أم إن السبب قد اختفي بعد إبرامه لذلك التجأ مجلس الدولة الفرنسي معالجة لهذا الأمر، أن أعتبـر العقد موقوف علي شرط فاسخ فإذا لم يتحقق الشرط يصبح العقد باطلا(٣).

C.E., ١٢ Novembre ١٩٤٨, Rec. P. ٤٢٨. (١)

C.E.٢٩ janvier, ١٩٤٧, Michaux, R.D.P.٧٨, concl. Theis, note waline.(٢)

C.E.١٣ Juill ١٩٢٦, Ville de Nice, Rec.P. ٥٠١.(٣)

ثالثا: شروط بطلان العقد لعدم مشروعية السبب

الشرط الأول: العلم المشترك لطرفي العقد

يميز الفقه الفرنسي بالنسبة لهذا الشرط بـين المعاوضـات والتبرعـات ففـي الأخيرة لا يعتد بعلم المتبرع إليه أو جهله بالباعث الذي وقع المتبرع إلي تبرعـه، أما في عقود المعاوضات فإن القضاء الفرنسي يكتفي بمرتبة العلم المـشترك بـين طرفي العقد لكي يبطل العقد.

إلا أننا نؤيد القول بأن بطلان العقد يترتب طالما كان الباعث لأحد المتعاقـدين غير مشروع لأن المصلحة العامة تقتضي ذلك ولا يشترط علْم طرفي التعاقد بعـدم مشروعية الباعث.

الشرط الثاني:

أن يكون السبب غير المشروع هو الدافع علي التعاقد، وإذا كان هناك بواعـث مختلفة دفعت إلي التعاقد فإن العقد يصبح باطلا إذا كان الباعث غير المشروع قـد مارس تأثيرا لانزاع فيه في تكوين العقد وإبرامه(1).

الفرع الرابع

عيب المحل (مخالفة القانون)

عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يلحق بعنصر المحل في القـرار الإداري، إذ يشترط لصحة أو مشروعية القرار أن يكون محله أي مضمون الأثـر القـانوني الذي أحدثه القرار جائزا أو ممكنا قانونا.

وعلي ذلك يرتبط محل القرار الإداري بوجه مخالفة القـانون ويقـصد بهـذا الارتباط أو الموافقة هو التطابق لمجموعة القواعد القانونية سواء كانت هذه القواعد مدونة أو غير مدونة، وذلك تبعا لمبدأ تدرجها.

وقد اختلف الفقهاء في أمر إجراءات التنظيم الداخلي كالتعليمـات المـصلحية والمنشورات، وإمكان اعتبارها من مصادر المشروعية التي يجوز أن يـستند إلـي

(1) Cass.Civ., ٨. janvier. ١٩٤٢.

مخالفتها في طلب إلغاء القرارات الإدارية، فقد استبعد البعض إجـراءات التنظـيم الداخلي للإدارات من الخضوع لرقابة الإلغاء كأصل عام، علي أساس أنها لا تقبـل الطعن بالإلغاء بطبيعتها. (١)

والرأي الراجح في ذلك أن هذه المنشورات تعتبر مـن مـصادر المـشروعية بالنسبة للموظفين الذين يعملون داخل الإدارة بأن يتعين عليهم احترام المنـشورات الصادرة في مواجهتهم، وبالتالي إمكان الاحتجاج بها قبلهم مما يـؤدي ذلـك إلـي ضرورة اعتبارها من القواعد الملزمة شأنها في ذلك شأن باقي القواعـد القانونيـة الأخرى، أما بالنسبة للأفراد غير هؤلاء الموظفين فإن المنشورات لا تعتبر بمثابـة القواعد الملزمة، ولا يمكن بالتالي الاحتجاج بها قبلهم(٢).

ونحن نرجح القول بأن المنـشورات إمـا أن تكـون منـشورات مفـسرة أو منشورات لائحية فالنوع الأول من هذه المنشورات لا يعتبر مـصدرا للمـشروعية ومن ثم فإن مخالفتها لا تؤدي إلي بطلان القرار، أما بالنسبة للنوع الثاني فإنها تعـد في حقيقة الأمر لائحة بالمعني الصحيح مما يؤدي إلـي إلـزام الإدارة بـضرورة احترامها وعدم مخالفتها وإلا تعرضت القرارات الصادرة بالمخالفة لهـا للـبطلان لمخالفتها لمصدر من مصادر المشروعية(٣).

أما بالنسبة للعقود الإدارية فللأفراد حق الطعن في القـرارات الإداريـة التـي تصدر مخالفة للشروط اللائحة الواردة في هذه العقود فللمنتفعين بالمرافق التي تدار بطريق الامتياز أن يطالبوا الإدارة بإلزام المتعاقد معها علي احترام شـروط العقـد فإن رفضت جاز لهم الطعن في قرار الرفض سواء كان صريحا أم ضـمنيا. أمـا بالنسبة لأطراف العقد فلا يجوز لهم الطعن بالإلغاء في أي قرار إداري استنادا إلي

---

(١) راجع في ذلك أ.د/ محمد فؤاد مهنا" القرار الإداري في القانون الإداري المصري والفرنسي- مجلة الحقوق- السنة السابقة- العددان الثالث والرابع حيث أوضح مختلف الآراء الفقهيـه وقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ص١٨، وما بعدها.

(٢) C.E.٢٢ Févriier ١٩١٨, Cochet d'Hattecourt. S.١٩٢١. ٩, note Hauriou.

(٣) De laubadére: Iraite élémentaire de droit admini strtif ٣ e édit P. ٢٥٦-٢٥٧.

حقوقهم الناشئة عن العقد بل يجب عليهم أن يلجأوا في ذلك إلي قاضي العقد تطبيقا لقواعد الاختصاص ويتمثل عيب مخالفة القانون في إحدى الصور الآتية:

١- المخالفة المباشرة للقواعد القانونية:

تتمثل هذه الحالة عند قيام الإدارة بعمل مخالف للقواعد القانونية الملزمة لها سواء كان ذلك العمل إيجابيا صريحا أم سلبيا.

٢- الخطأ في تفسير أو تأويل القاعدة القانونية:

وينشأ عيب المحل في هذه الصورة بالخطأ في تأويل القاعدة القانونية بحملها خطأ علي معني غير الذي قصده المشرع عند إقرار هذه القاعدة.

وغالبا ما يكون مرجع هذا الخطأ في التفسير إلي غموض النص، وقد يكون الخطأ في تأويل القاعدة القانونية متعمدا من جانب الإدارة وفي مثل هذه الحالة الأخيرة يكون القرار مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة وعيب الغاية.

٣- الخطأ في تطبيق القواعد القانونية علي الوقائع:

يجب علي الجهة الإدارية ألا تطبق قواعد القانون إلا إذا تحققت الوقائع الموجبة لتطبيق نصوص ذلك القانون، وعلي ذلك إذا طبقت الجهة الإدارية قاعدة قانونية علي حالة غير الحالة التي قصدها المشرع، أو في حالة عدم توافر الشروط اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية كان قرارها مشوبا بعيب مخالفة القانون.

أما عن مخالفة القرار للعقد والشرعية:

بالنسبة لموقف الفقه:

يذهب أغلبية الفقهاء إلي أن مخالفة القرار الإداري لنص عقدي لا يوصم بعدم الشرعية وبناء علي ذلك لا يصلح سببا للطعن بالإلغاء.(١) فإذا كان القرار الذي

---

(١) راجع في ذلك للفقيه دي لوبادير- عقود جزء ٣ صـ٣٢١، ٢٣١، وكذلك للفقيه فيدل- المرجع السابق صـ٥٨١، ولاماراك المرجع السابق صـ١٨٥ وما بعدها، وجيز المرجع السابق صـ١٨٨، د. محمد سليمان الطماوي- مؤلفه العقود الإدارية سالف الذكر صـ١٨٠.

اتخذته جهة الإدارة متعلقا بالعملية التعاقدية فلا يمكن الطعن فيه بالإلغاء استنادا إلي مخالفة هذا القرار لحق من الحقوق المتولدة عن الاتفاقات سوءا كانت هي الاتفاقات من عقود القانون العام أهم من القانون الخاص.

وحجج الرأي السابق تتلخص في الآتي:

أ- الطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء:

الطعن بالإلغاء هو جزاء الشرعية أي مخالفة القرار لقاعدة قانونية بالمعني الموضوعي أي قاعدة عامة مجردة، أما العقد فليس قاعدة قانونية إذ يولد مراكز ذاتية أو شخصية تقتصر آثارها علي إنشاء حقوق والتزامات تترتب بالنسبة لأشخاص محددين بالذات هم أطراف العقد.

أما العمل القاعدي فهو قاعدة لقانون تتسم بالعمومية والتجريد والاستمرار فمراكزها القانونية عامة ومجردة وموضوعية ودائمة لا تستغرق بالتنفيذ. أما المراكز القانونية المتولدة عن العقد فهي ذات طبيعة شخصية مؤقتة إذ تطبق خلال زمن محدد وتستنفذ بالتنفيذ[1].

الحجية الثانية الخاصة بعدم الاعتداد بمخالفة القرار للعقد كسبب لعدم المشروعية يستوجب الإلغاء هي خاصة بنظرية الدعوى الموازية:

يري البير رافائيل أن العقود تولد قواعد قانونية وإن مخالفاتها تعد مخالفة للشرعية في مفهوم دعوى الإلغاء إلا أنه توجد قاعدة الاختصاص من النظام العام تقتضي بوجوب اختصاص قاضي العقد سواء أكان هو القاضي الإداري أم المدني، ومن ثم فلا يستطيع قاضي الإلغاء أن يفحص نصوص العقد لكي يستخرج منها أسباب عدم مشروعية القرار، وهذه الفكرة من آثار نظرية الدعوى الموازية.

وينتهي رافائيل من ذلك إلي أن قاضي الإلغاء لا يستطيع إلغاء قرار إداري لمخالفة لنص عقدي. [2]

---

(١) راجع في ذلك دي بيير مقالته سالف الذكر صـ٢٢٠ وما بعدها.

مجلة القانون العام سنة ١٩٣٨ Effets du recours pour excés de pouvair et contrat

(٢) راجع للفقيه ألبير رافائيل- المرجع السابق صفحتي ٣٠٨، ٣٠٩.

ويسوق أصحاب هذا الرأي في معرض الدفاع عن وجهة نظرهم تبريرين أساسيين:

الأول: يذهب البعض إلي أن قاعدة القانون هي كل التزام قانوني يرتب المشرع جزاء علي مخالفته، ولا يهم في هذا الصدد محمول هذا الالتزام، ولا نطاق تطبيقه. فكما توجد قواعد قانونية عامة توجد قواعد ذاتية أو فردية، فالعقد يولد التزامات واجبة الاحترام من أطراف الرابطة العقدية، ويوقع القضاء جزاء علي مخالفتها فلا يوجد ما يمنع من وصف هذه القاعدة القانونية.

وقد استقر القضاء علي أن مخالفة أي قرار إداري لحق مكتسب توصمه بعدم الشرعية رغم أن ألحق المكتسب له طابع شخصي إذ لا يمكن الاحتجاج به إلا في مواجهة فرد أو عدد معين من الأفراد. [١]

الثاني: يذهب فريق من الكتاب إلي أنه إذا كان العقد لا يكون في ذاته كما يري البعض قاعدة قانونية فإن مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية تشكل مخالفة لقاعدة قانونية أكثرها استقرارا في الضمير القانوني إذ تتفق ما يبج أن يسود المعاملات من احترام العهد وحسن النية. [٢]

ب- موقف القضاء من المسألة السابقة:

تتجه أحكام القضاء إلي عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية إذا كان مبني الطعن هو مخالفة القرار المطعون فيه النصوص العقدية وسوف نعرض لموقف القضاء الفرنسي والقضاء الإداري المصري من هذه المشكلة كالآتي:

أ- القضاء الفرنسي:

درجت أحكام مجلس الدولة الفرنسي قديمها وحديثها علي عدم قبول الطعن بالإلغاء المؤسسة علي مخالفة القرارات الإدارية للنصوص العقدية سواء كانت

---

(١) راجع للعميد فيدل- المرجع السابق صـ٥٨١.

(٢)راجع بيكين المرجع السابق صـ٢٩٥ هامش ٥٢، وكذلك الدكتور/ محمد كامل ليلة- المرجع السابق صـ١٨، صـ٢٩.

مدرجة في القانون العام أو عقود القانون الخاص[١].

وقد أوضح المفوض Jasse في تقرير له في حكم لمجلس الدولة صدر عام ١٩٤٠ أنه" لا تقبل الطعون بالإلغاء لتجاوز السلطة إذا كانت القرارات محل الطعن تؤدي إلي حرمان الشركة من الحقوق التي تستمدها من عقدها. [٢]

وتطبيقا لما سبق رفض القضاء الإداري الفرنسي قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار وزير برفض إبرام عقد ضمان، وكان أساس هذا الطعن أن هذا الرفض يخالف الالتزامات العقدية إذ أن مثل هذا الوجه من أوجه الطعن لا يمكن الاحتجاج به في تدعيم طلب بإلغاء القرار لتجاوز السلطة[٣]. ومن التطبيقات الحديثة لهذه القاعدة عدم قبول الطعن بالإلغاء في القرار المعدل لتعريفه توريد المياه الصالحة للشرب علي أساس أنه اتخذ بالمخالفة لنصوص عقد توريد المياه. [٤]

وبالنسبة لعقود القانون الخاص فقد حكم القضاء بعدم قبول الطعن بالإلغاء إذ بني سبب الطعن علي مخالفة القرار لشروط عقد تبرع إبرام مع الإدارة وفقا لقواعد القانون[٥] ما لم تكن مخالفة القرار لشروط التبرع تكون في نفس الوقت مخالفة لنصوص القانون. [٦]

يتفق القضاء الإداري المصري مع القضاء الفرنسي في أن الشرعية هي

---

(١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٠٨/٢/٢٨ Frank صـ١٧٩، ١٩٢٩/١/١٠ Société Thérmale صـ٢٨.

(٢) راجع في ذلك تقرير المفوض Jasse في حكم مجلس الدولة الصادر في ١٩٤٠/١/٢٦ Societe de chemins de Fer et Fram مجلة القانون العام سنة ١٩٤٠ صـ٧١ وما بعدها Ways du duVer et du Gard .

(٣) راجع في ذلك مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٠/١١/٢٠ stein صـ٥٠٥.

(٤) مجلس الدولة الفرنسي ١٩٦١/٥/٨ منشور بمجلة Ste Immobillere du coueron . chaier juridique electricite Gaz

(٥) مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٦/١١/٩ Malbois صـ٦٤٢.

(٦) مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٨/٧/٤ Gayard صـ٤١٣ أوبي ودراجو المرجع السابق الجزء الأول صـ٣٤٤.

مخالفة القواعد العامة الموضوعية، وليست مخالفة التزام عقدي وتطبيقا لذلك:-

قررت محكمة القضاء الإداري بصدد عقد أشغال عامـــة أنـــه " إذا كـــان الثابت أن القرار المطعون فيه قد استندت جهة الإدارة في إصداره إلـــي البنـــد ١٦ من دفتر الشروط العامة ومواصفات الأعمال لأبنية التعليم والذي يكـــون جـــزءا لا يتجزأ من العقد فإن القرار المطعون فيه يكون في الواقع إجراء تعاقديا مستمدا مـــن نصوص العقد وليس قرارا إداريا يرد عليه قضاء الإلغاء. (١)

إلا أن القضاء الإداري المصري خرج بعد ذلك علي هذا المبدأ السابق في بعض أحكامه حيث قبلت محكمة القضاء الإداري الطعن بإلغاء قرار إداري صـــادر من وزارة الداخلية برفض الترخيص ببناء كنيـــسة علـــي قطعـــة أرض اشـــترتها الجمعية الخيرية القبطية من مصلحة الأملاك، وكان مبني الطعن مخالفـــة القـــرار لشروط عقد البيع المدني، وقد رفضت المحكمة الدفع بعدم الاختصاص الذي أســـتند فيه المدعي عليه إلي أن النزاع خاص ببيع مدني إذ قررت أن وضع شروط البيـــع يتم بقرارات تصدرها السلطة الإدارية بما لها من الولاية العام، ثـــم أوضـــحت أن قرار رفض الترخيص ببناء الكنيسة لمخالفة شروط البيع هو قرار متفرع عن هـــذه الشروط ومؤسس عليها فتختص بنظرة محكمة القضاء الإداري، ونلاحظ أنـــه أيـــا كانت الأداة القانونية التي يوضع بها شروط عقد البيع فإن هذه الشروط تصبح جزء لا يتجزأ من بنيانه وأن مخالفة القرار الإداري لها تعد مخالفة لالتزامات عقدية.

والاستثناء الثاني:

قبل القضاء الطعن بالإلغاء علي قرار صادر بطرح قطعـــة أرض للبيـــع بالمزاد العلني، وكان أساس الطعن هو سبق شراء المدعي لنفس قطعة الأرض عن طريق الممارسة أي أن القرار الصادر بطرح الأرض للبيع بالمزاد يتضمن مخالفة العقد المدني السابق عليه. (٢)

---

(١) راجع في ذلك محكمة القـــضاء الإداري ١٩٥٧/١٢/٢٩ قـــضية رقـــم ٨٦٧ لـــسنة ١١ ق مجموعة السنتين ١٢، ١٣ صـــ٣٦.

(٢) محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٤/٢/١٠ قضية رقم ٢٦٥ لـــسنة ٧ ق مجموعـــة

خلاصة ما تقدم :

إن مخالفة القرار لنص عقدي ليست من حالات عدم المشروعية التي تتيح الطعن بالإلغاء، وإن هذا المبدأ مستقر في كافة مراحل العقد في الإبـرام والتنفيـذ، وكذلك باختلاف وصف العقد سواء كان عقد مدني أو عقد إداري، وهذا مبدأ راسخ في القضاء الفرنسي عكس الأمر في القضاء المصري حيث يعـرف العديـد مـن الأحكام التي تخالف المبدأ السابق.

نطاق تطبيق عيب مخالفة القانون علي العقد الإداري

يشترط في محل العقد فوق أن يكون ممكنـا ومعينـا، أن يكـون أيـضا مشروعا أي مطابقا للقانون وتقوم نظرية العقود الإدارية علي ذات الأسـس التـي تتعلق بالعقود المدنية في التميز بين ما يتعلق بالقواعد إلا مرة والقواعـد المفـسرة، فالعقد الذي يبرم بالمخالفة لقاعدة آمره يصبح باطلا[١] لذلك يبطل العقد في الحالات الآتية:

١ـ إذا أبرم بصدد حالات خرمها المشرع من الدخول في منطقة التعاقد:

(أ) ومن قبيل ذلك حظر قيام الأشخاص العامة في فرنسا بالالتجاء إلي التحكـيم أو النص علي شروط التحكيم في العقود التي تبرمها وهو ما تنص عليه المـادة ٢٠٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية وذلك باستثناء الحالات التي يصدر بـشأنها نص خاص يجيز للدولة والهيئات اللامركزية المحليـة إجـراء التحكـيم (مـادة ٣٦٧/٢٤٨ من تقنين العقود العامة) وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي أن يمتد هـذا الاستثناء للمؤسسات العامة الإدارية والاقتصادية علي اعتبار أن الاسـتثناء يتعلـق فقط بالدولة والهيئات اللامركزية المحلية في بعض الحالات[٢].

السنة ٨ صـ٦٣٩.

(١) د. سليمان الطماوى المرجـع الـسابق صـــ٣٥٦ ومـا بعـدها Traité des contrats administratifs. Op.cit., P. ٥٥٥z.et ٥.

(٢) في مصر قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ جلـسة ١٩٩٠/٢/٢ (غيـر منشور) بعدم جواز سلب اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بسائر العقـود

ب- الحظر علي العاملين وبحدات الجهاز الإداري للدولة ووحدات الحكم المحلي والهيئات العامة من التقدم للعطاءات أو عروض لتلك الجهات.

ج- حظر التعاقد بقصد استناد الاعتمادات المالية التي تحظر شراء الأصناف أو إجراء المقاولات في الشهر الأخير من السنة المالية إلا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ظروف العمل.

٣- حظر التعاقد بالمخالفة للنصوص المتعلقة بالسعر:

ومن قبيل ذلك في فرنسا الأمر الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٤٥ الخاص بالأسس العامة في تحديد أسعار التعاقد والتي تعتبر من النظام العام والتي لا يجوز التعاقد بالمخالفة.

٤- بطلان العقد الإداري إذا تضمن بعض الشروط التي تتعارض مع ضرورات أداء المرافق العامة لمهامها، وفي هذه الحالة يلحق البطلان هذه الشروط والعقد ذاته وتطبيقا لذلك قضي مجلس الدولة الفرنسي بخصوص عقد إداري أبرمته إحدى النقابات، نص في مادته السادسة علي أنه لا يجوز للنقابة أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة أو أن تطلب من القاضي فسخ العقد في حالة عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته[1].

هذه كانت بعض صور تطبيقية بينا فيها نطاق تطبيق عيب مخالفة القانون العقد الإداري.

الإدارية بموجب البنود التي ترد في العقد الإداري ويتفق فيها اطرافه علي قضي المنازعات بطريقة التحكيم وعلي عكس هذا الحكم فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع جلسة ١٩٨٩/٥/١٧ غير منشور.

(١) Bruno- genevois, la nullité d'une convention don't certains clauses, sont incompatibles avec les nécessités. du fonctionnement d'un service public, Revue français droit. Administratif, ١٩٨٦, P. ٢١, conclu. Sur, C.E.٦ mai, ١٩٨٥.

الفرع الخامس

عيب الغاية إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها

Le Détournement de Pouvoir

مفهوم الانحراف بالسلطة:

عيب الغاية أو انحراف السلطة أو إساءة استعمال السلطة كما أطلقت عليه قوانين مجلس الدولة المتعاقبة بشأن مجلس الدولة في مصر[1]، كما يطلق عليه الفقهاء في مصر هو أن يمارس مصدر القرار سلطته التي خولها له القانون في تحقيق أهداف غير مرتبطة بالمصلحة العامة أو الهدف قانونا له.

ويعد عيب الغاية من أخطر العيوب وأدقها الذي يشوب القرار الإداري لما يقتضيه من القاضي من التغلغل برقابته للوصول إلي الأغراض الخفية التي يستهدفها رجل الإدارة من جراء تصرفه، وهو المفترض أن يسعي إلي تحقيق المصلحة العامة.

وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن" عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة المبرر لإلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها بأن تكون الجهة الإدارية قد أصدرته لباعث لا يتعلق بالمصلحة العامة[2] ومن قبيل ذلك" توجه إرادة مصدر القرار إلي الخروج عن روح القانون وأهدافه، وتسخير السلطة التي وضعها القانون بين يديه في تحقيق أغراض ومآرب

---

(١) راجع نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ويختلف تسمية هذا العيب من فقيه لآخر فيتجه جانب الفقه إلي الأخذ باصطلاح" الانحراف بالسلطة وهو الشائع استخدامه في فرنسا- أ.د/مصطفي أبو زيد فهمي- القضاء الإداري صـ٨١٩. أ.د/ سليمان الطماوي- قضاء الإلغاء صـ٨٦١، أ.د/ محسن خليل قضاء الإلغاء والتعويض صـ٤٥٣ ويفضل جانب ثان من الفقه الجمع بين الاصطلاحين- أ.د/ سعد عصفور- المرجع السابق صـ٤٩٩- أ.د/ فؤاد العطار: المرجع السابق صـ٦٠٠، ويتجه اتجاه آخر إلي الأخذ بالاصطلاح مختصر هو " عيب الغاية" - أ.د/ ماجد الحلو، القضاء الإداري صـ٤٠٦.

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١٢/١/١٩٦٠- المجموعة السنة ١٤ صـ١٩٢.

بعيدة عن الصالح العام.(١)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا" أن عيب إساءة استعمال السلطة من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامها أن يكون لدي الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها. (٢)

وتزداد فرصة انحراف السلطة أمام مصدر القرار في مجال السلطة التقديرية حيث يكون لرجل الإدارة أن يتدخل أو يمتنع وأن يحدد نوع تدخله، وقد يوجد هذا العيب في مجال ألاختصاص المقيد(٣) لان ذلك يكون بقدر ضئيل كما إذا حدد القانون شروطا معينة يوجب علي رجل الإدارة إصدار القرار عند توافرها فإن هذا الأخير يستطيع رغم ذلك أن يؤول عمدا نص القانون فيصرفه عن المعنى الذي قصده المشرع إلا أنه يلاحظ أن عيب انحراف السلطة في حالة الاختصاص المقيد عادة ما يكون مقترنا إما بعيب المحل وإما بعيب السبب كما في حالة تعمد التفسير غير الصحيح للقانون، وفي حالة سوء تكييف الوقائع التي صدر علي أساسها القرار الإداري فهنا يصاحب عيب الغاية عيب السبب.

وتتعدد صور إساءة استعمال السلطة بتعدد الأهداف التي تعمل الإدارة علي تحقيقها وعليه يمكن تحديد حالات عيب الانحراف في صورتين.

أولهما: مجانبة المصلحة العامة

في هذه الصورة تطرح الإدارة جانبا المصلحة العامة التي يتعين عليها الالتزام بتحقيقها، وتعمل علي تحقيق هدف لا يمت بتلك المصلحة بصلة ومن

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٠/٦/٨- المجموعة السنة ٤ صـ٧٨٠.

(٢)راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٠/٥/٢٦ في الطعن رقم ٧٩٧ لسنة ٣١ق- المجموعة ص ١٧٨٨، وأيضا حكمها الصادر في ١٩٩٠/١٢/٩ في الطعن رقم ٥٢٦ لسنة ٣٤ ق المجموعة صـ٣٨٧.

(٣) يري بعض الفقهاء أن عيب الانحراف بالسلطة لا يثار في حالة الاختصاص المقيد لأنه يفترض أن الأهداف الإدارية محددة في الاختصاص المقيد وأن رجل الإدارة يعمل علي تنفيذ الواجبات القانونية تنفيذا دقيقا" راجع مؤلف أ.د/ سليمان الطماوي- قضاء الإلغاء صـ٥٠٩".

تطبيقات هذه الصورة استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي، ومباشرة السلطة بقصد الانتقام أو الإضرار بالغير، واستهداف أغراض سياسية أو حزبية بعيدة عن المصلحة العامة.

ثانيهما: مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

وهذه الصورة يستهدف القرار الإداري هدفا آخر غير الهدف الخاص الذي حدده المشرع منه، وذلك حالة إذا ما حدد المشرع لجهة الإدارة أغراضا معينة تسعي إلي تحقيقها عند إصدارها بعض القرارات الإدارية.

ومن أهم أمثلة تخصيص الأهداف أن المشرع قد جعل الهدف الذي يتغياه القرار الإداري الصادر بشأن موضوع الضبط الإداري هو المحافظ علي النظام العام بعناصره المقررة قانونا، وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة علاوة علي عناصر الضبط الإداري الخاص إن وجدت، فإذا أصدر رجل الضبط الإداري قراره لتحقيق غير ذلك الهدف بحماية غير هذه العناصر كان قراره معيبا، ولو كان الهدف الذي سعي إلي إدراكه يتفق مع المصلحة العامة.

قد أقرت أحكام محكمة القضاء الإداري المصري هذا المبدأ، وعبرت عنه بمخالفة القرار لروح القانون. (١)

نطاق تطبيق عيب الغاية علي العقد الإداري

يثار التساؤل حول مدي تطبيق عيب الغاية بالنسبة لإبرام العقود الإدارية، وذلك علي اعتبار أن العقد قد أبرم بالتطبيق للقواعد الموضوعية التي تحكمه إلا أنه قد أبرم بقصد تحقيق غاية غير مشروعية أو مخالفة للآداب العامة أو النظام العام.

وقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي والمصري لهذا العيب (عيب الغاية) في مراقبته للقرارات الإدارية المنفصلة والتي تعمل علي إتمام التعاقد أو الحيلولة

---

(١) راجع علي سبيل المثال حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٤/٢/١٧ في القضية رقم ٨٣٥ لسنة ٦ق – مجموعة أحكام المحكمة السنة ٨ ص ٧٢٧ وكذلك حكمها الصادر في ١٩٥٦/٤/٢٢ في القضية رقم ٦٣٨٦ لسنة ٨ ق المجموعة السنة العاشرة قضائية.

دون اتمام فهو يراقب مختلف القرارات المتعلقة بإجراءات التعاقد واختيار المتعاقدين ويقضي ببطلان هذه القرارات إذا كانت تستهدف غير المصلحة العامة لعيب الانحراف في استعمال السلطة بيد أن هذا الإلغاء للقرارات الإدارية ليس من شأنه أن يبطل العقد وإن كان يؤثر عليه بطريقة غير مباشرة[١].

ولكن مجلس الدولة الفرنسي رجع عن اتجاه السابقة ورفض إلغاء العقد الإدارية تأسيسا علي فكرة الانحراف في استعمال السلطة في دعوى Soulier. [٢]

وقد قضي مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار الحاكم بتعديل اللائحة وكل الإجراءات التي اتبعت بشأن الآنسة Soulier تأسيسا علي فكرة الانحراف في استعمال السلطة كما قضي ببطلان العقد ليس علي أساس ذات الفكرة ولكن علي أساس بطلان الأساسي الذي قام عليه العقد ويلاحظ في هذا الحكم أن مجلس الدولة الفرنسي تلاشي تطبيق فكرة الانحراف عن السلطة كسبب من أسباب بطلان العقد الإداري.

---

(١) راجع في ذلك علي سبيل المثال من الفقهاء أ.د/ سليمان الطماوي التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة ١٩٧٨ صـ٦١، د. ماهر أبو العينين- الانحراف التشريعي والراقبة علي دستوريته ١٩٨٧ ص١١١ وما بعدها.

(٢) C.E.٥ Mars, ١٩١٥, Rec. P.١٣٩ وتتخلص وقائع هذه الدعوى في أن حاكم إحدى المستعمرات الفرنسية (الصومال) عين إحدى قريباته مديرية لا جدي المدارس تدعي Mile Soulier بعد تعديل لائحة المدرسة وشروط تعيين مديرية المدرسة وقبل أن يغادر المستعمرة بصفته حاكمها أبرم عقدا إداريا مع هذه الأنسة وقد أصدر خلفه قرارا ببطلان الإجراءات المعدلة للائحة المدرسية والعقد المبرم مع قريبة سلفة مما حدا به إلي إقامة دعوى أمام مجلس المنازعة(محكمة إدارية) ثم استأنفت الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي وقد اقترح مفوض الحكومة بطلان العقد تأسيسا علي فكرة الانحراف في استعمال السلطة لأن الإدارة حين تتصرفَ يتعين عليها ألا تتكب المصلحة العامة.. وإن خصوصية العقد الإداري تهدف أيضا إلي تحقيق المصلحة العامة تبرر أن تكون أساسا بطلانها مختلفة عن تلك التي تحكم العقود المبرمة بين أشخاص خاصة ونص مفوض الحكومة قائلا بأن العقد لم يبرم إلا لصالح قريبة الحاكم العام للمستعمرة.. وأنه لولا تعديل اللائحة والشروط لما أبرم العقد نهائيا.

المبحث الثالث

صفة الطاعن ومدي تعليقها بالطعن بالإلغاء

في قرارات الإدارة بصدد العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

حين نتحدث عن موضوع صفة الطاعن ومدى تعلقها بالطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارية وهو بصدد عقد إداري نشير بداية إلي أن مجلس الدولة الفرنسي كان في بداية الأمر يرفض فصل القرارات التي تصدرها جهة الإدارية والتي تدخل في منطقة تنفيذ العقد أيا كانت صفة الطاعن استنادا إلي فكرة الدعوى الموازية حيث يملك المتعاقد مع الإدارية دعوى العقد، واستنادا كذلك إلي نسبية أثار العقود بقصر أثارها علي أطرافه دون غيرهما[1].

إلا أنه مسايرة لقواعد العدالة والإنصاف اضطر مجلس الدولة الفرنسي إلي تغيير وجهة نظره السابقة لما قد يكون للمتعاقد والغير مصلحة شخصية في الالتجاء إلي قضاء الإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد.

وكانت باكورة أحكام المجلس الذي أرسي فيه التطور السابق الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٤/٢٤ وكان موضوع الدعوى يتعلق بقبول طعن بالإلغاء مقدم من شركة (L.T.C) وهي شركة لم تكن طرفا في العقد المبرم بين وزارة البريد والتلغراف، وبين (S.V.P) وذهب إلي أن حيث أن شركة L. T. C لم تكن طرفا في العقود، وبالتالي لا يمكنها أن تطلب من قاضي العقد أن يفصل في العقوبات التي تقع أثناء تنفيذ العقد إلا أنها بصفتها من الغير بالنسبة للاتفاقية فقد قبل طعنها أمام قاضي تجاوز السلطة (الإلغاء) إذ أن كافة القرارات التي رغم تعلقها بإبرام العقد أو تنفيذه يمكن مع ذلك اعتبارها قرارات قابلة للانفصال.

وقرر المجلس بصورة عامة أنه من الآن فصاعدا سوف يقبل من الغير أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في جميع قرارات الإدارة سواء المتعلقة بإبرام العقد أو

---

(١) راجع في ذلك د./ عبد الحميد حشيش- المرجع السابق ص ٣٨ وما بعدها.

بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيتها علي أساس أن هذه القرارات تعتبر قرارات منفصلة عن العقد بالنسبة للغير. (١)

تقسيم:

وإذا كانت مقدمة بحثنا انصبت علي تاريخ ميلاد حق الطعن بالإلغاء المخول للغير لما لهذه النقطة من أهمية تكاد أن لا يدركها الغالبية من القراء حول كيف يتسنى للغير الطعن بالإلغاء علي عقدا وهو ليس طرفا فيه ولهذا سوف نسرد لهذه النقطة مطلبا مستقلا وكما أوضحنا صفة الطاعن كمتعاقد وكيف يتسني له أيضا حق الطعن بالإلغاء رغم أنه يملك الطعن أمام قاضي العقد.

المطلب الأول

صفة الطاعن كمتعاقد مع الإدارة

تذهب الأغلبية العظمي من الفقهاء إلي القول أن المتعاقد ليس أمامه إلا سبيل واحد هو قاضي العقد يحسم بمقتضي سلطة القضاء الكامل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد، وبالتالي فإن المتعاقد إذا حاول أن يطرق باب قضاء الإلغاء فسوف يواجه بالدفع المبني علي فكرة "الدعوى الموازنة"(٢)

ويقول الأستاذ/ دي لوبادير "أن قضاء المجلس لا يؤيد الرأي السابق لأنه سمح للمتعاقد بأن يطعن في القرار المنفصل بدعوى الإلغاء "كما يقول" لقد كان جليا قبول الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة قبل أن يكون مقبولا من الغير وأن

---

(١) C. E ٢٤- ٤- ١٩٦٤ Societe Anonoyme de Livrais- ons- industrielles et commercia les conlarnous A. J. S. A ١٩٦٤- p. ٣٠٩ Rec- ٣٢٩.

(٢) بهذا المعني عبر عنه الفقيه (البيير) في مؤلفه عن الرقابة القضائية ص ١٦١، وراجع تعليق الفقيه (جيز) في مجلة القانون العام ١٩٥٤ صـ ٢٦٠ المفوض Messet الذي قدم بمناسبة حكم المجلس الصادر في ٢٦ من نوفمبر ١٩٥٤ في قضية Syndicat de raffinerie de Soufre Francais مجموعة ٢ .B. P.A- ١٩٥٥ P وكذلك تقرير المفوض Chardean في قضية Societe des grands traveux de Marseille والتي صدر فيها الحكم في ١٩٥٥/٥/٦ مجموعة "٣٤٧ -p -١١ -١٩٥٥ Actual jur.

صفة المتعاقد لم تكن عائقا من قبول الطعن. (١)

أما في مصر فيري الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي" أن التجاء المتعاقد إلي دعوى الإلغاء لطلب إلغاء القرارات المنفصلة التي ساهمت في تكوين العقد لا يكون للمتعاقد مصلحة في الالتجاء إلي قضاء الإلغاء حتى لو صرفنا النظر عن فكرة طريق الطعن الموازي والتي نري لا محل لها في مصر(٢) لأن القضاء الكامل أجدى بالنسبة إليه من قضاء الإلغاء لأنه لو حصل علي حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل فإنه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلي قضاء العقد لكي يرتب له النتيجة التي تترتب علي الحكم بالإلغاء، ومن ثم فإنه يكون من الأفضل له أن يلجأ إلي قاضي العقد مباشرة فدعوى المتعاقد في الحالات السابقة تدخل في اختصاص قاضي العقد بمقتضي ولاية القضاء الكاملة. (٣)

وإذا كان للأستاذ الجليل الدكتور/ الطماوي صدق وصحة في وجهة نظره السابقة إلا أننا نري أن هناك باب ما زال مفتوحا أمام المتعاقد للالتجاء إلي قضاء الإلغاء إذا ما أصدرت جهة الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى أي لم تستند في إصدارها إلي صفتها كمتعاقدة فحينئذ للمتعاقد أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفي شرط المصلحة، وهذه القرارات لن تكون ذات علاقة مباشرة بالعقد.

ومن أوضح الأمثلة علي ذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن تصدر الإدارة بناء علي سلطات البوليس- قرارات إدارية يكون لها أثرها علي المتعاقد فلو أن الإدارة أصدرت تلك القرارات باعتبارها الطرف الآخر في العقد، وبناء علي حقها في التدخل والإشراف علي تنفيذ المتعاقد لالتزاماته لتعين علي المتعاقد أن يسلك سبيل القضاء إذا استندت الإدارة في إصدار قراراتها إلي صفة أخرى فلا

---

(١) من الأحكام الحديثة نسبيا التي أوردها في هذا الخصوص حكم المجلس الصادر في ٦ من فبراير ١٩٣٦ في قضية Department de la creuse، وحكمه الصادر في ٤ فبراير سنة ١٩٥٥ في قضية Ville de Severne مطولة السابق ص ٣٢٩- الجزء الثالث.

(٢) راجع في ذلك د. سليمان الطماوي- المطول في القضاء الإداري.

(٣) راجع في ذلك د/ سليمان الطماوي- العقود الإدارية ١٩٨٤- صـ ١٩٣.

سبيل للطعن في هذه الحالة إلا عن طريق دعوى الإلغاء.

ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي وضع أساس التفرقة السابقة بين حالة التجاء المتعاقد إلي قاضي العقد، وحالة التجائه إلي قاضي الإلغاء في حكمه الشهير الصادر في ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٠٧ في قضية Grandes Compagnies

وقد فرق مفوض الحكومة "Tradieu" في هذا الصدد بين حالتين:- حالة صدور القرارات الإدارية استنادا إلي الشروط الواردة في دفاتر الشروط، وحينئذ يتعين علي الشركات المتعاقدة والطرف الآخر في الدعوى أن يطرق باب القضاء الكامل أمام قاضي العقد المختص أما إذا أصدرت القرارات المطعون فيها استنادا إلي القوانين واللوائح فإن لتلك الشركات أن تلجأ إلي قضاء الإلغاء للحكم علي مشروعية قرارات الإدارة في ذاتها، وبغض النظر عن العقد وأحكامه.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أحيا بعد ذلك فكرة الدعوى الموازية واستند إليها في رفض طعون الإلغاء المقدمة من المتعاقد لأنه يملك دعوى العقد، وكان هذا الطعن يتعلق بطلب الإلغاء قرار الإدارة بإنهاء عقده لدواعي المصلحة العامة علي أساس أن القرار الصادر بإنهاء العقد لا يعتبر بالنسبة للمتعاقد قرارا منفصلا عن العقد وللمتعاقد الالتجاء إلي قاضي العقد بمقتضي دعوى العقد[1].

وقد أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن توصل هذا الموضوع علي نحو مماثل في حكمها الصادرة في ٢٧ من يناير سنة ١٩٥٧ في القضية رقم ١٦٧ لسنة ١١ق حيث قالت "....... فإذا كان الإلغاء (إلغاء العقد) مستندا إلي نص القانون فقط، وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قرارا إدارية ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية أما إذا كان إلغاء العقد مستندا إلي نصوص العقد نفسه وتنفيذا له فإن المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الإداري علي أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء.

ويؤكد الفقه المصري القول السابق، ويعترف للمتعاقد بإمكان الالتجاء إلي

(١) C. E. Fev. ١٩٨٧ Ste France ٥- Rec. p. ٢٨.

قضاء الإلغاء للطعن في القرارات التي تصدرها جهة الإدارة بصفة أخرى فير المتعاقدة إذا كان لهذه القرارات تأثير بصفة غير مباشرة على العملية التعاقدية كإلغاء العقد مثلا وحسب ما إذا كان القرار مخالف لنص القانون فقط، وبالتطبيق لأحكامه كان من القرارات الإدارية التي يطعن فيها بدعوى الإلغاء، ويدخل في نطاقها أما إذا كان قرار الإلغاء تنفيذا للعقد، واستنادا إلى نصوصه فهو من القرارات التي لا تدخل المنازعة في شأنه في نطاق قضاء الإلغاء بل في نطاق القضاء الكامل. [1]

خلاصة ما تقدم:

يتبين من تطبيق القضاء في طعون المتعاقدين مع الإدارة تأخذ صورتين إما أن العمل منفصلا Detachable ومن ثم يكون الطعن مقبولا من كل ذوي الشأن المتعاقدين أو الغير دون الاعتراض علي الإدارة بأسلوب الدفع الموازي.

إما أن العمل ليس منفصلا Rattachable ولا يوجد حينئذ أمام الأطراف إلا قاضي العقد والغير يستبعدون في هذه الحالة، ويري الأستاذ Concl، ومفوض الدولة Mosset، وكذلك د. سليمان الطماوي "أنه وجوب التفرقة بين مركز المتعاقد مع الإدارة في خصوص الطعن لتجاوز السلطة في القرارات المنفصلة في العملة التعاقدية وذهب إلي عدم قبول الطعن المقدم من المتعاقد بأسلوب تجاوز السلطة وقصر هذا الأسلوب علي الغير الذي ليس له إلا هذه الدعوى أما المتعاقد الآخر فأجري له استعداء ولاية القضاء الكامل. [2]

ونحن نؤيد الاتجاه الذي يعطي كلا من المتعاقدين والغير الحق في الطعن

---

(١) راجع يف ذلك للدكتور/ محمد عاطف البنا- المرجع السابق صـ ١٧١، صـ ١٧٢.

(٢) يراجع في تفضيل ذلك Sur lerret D. C. N ٢٦ Nov. ١٥٥٤ R. D. P. ١٩٥٥ وراجع كذلك للدكتور/ سليمان الطماوي- الوجيز في القضاء الإداري جـ ١٩٧٩ صـ ٢٢٥.

وراجع كذلك مرجع الأستاذ/ ميشيل ستاسينو بولس في القرارات الإدارية صـ ٢٦٢، وما بعدها وحكم القضاء الإداري الفرنسي في ١٩٦٨/٢/٢٣ في قضية Picard المنشور في مجلة A. U ١٠٦٨ صـ ٤٦١، وكذلك الأستاذ/ Song في قرارات مجلس الدولة سنة ١٩٧٤ صـ ٦١ وما بعدها.

بأسلوب تجاوز السلطة ضد قرار الإدارة غير المشروع الذي يساهم في تكوين العقد، وفي هذه الحالة تتغير صفة الإدارة كمتعاقدة حينذاك يكون للمتعاقد كسائر الأفراد أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفت شرط المصلحة وكان القرار المطلوب إلغاءه غير مشروع، وأقرب مثال علي ذلك إذا ما أصدرت الإدارة قرارات بناء علي ما لها من سلطة المحافظة علي النظام العام بمفهومه الثلاثة (الصحة العامة- السكينة العامة- والأمن العام) وكان لهذه القرارات أثر علي المتعاقد.

ومن جهة أخرى فإن قصر حق الطعن بالإلغاء علي الغير دون المتعاقد يجعل الأخير في وضع سيئ. ويلاحظ أن التمسك بالدعوى الموازية لحرمان المتعاقد من الالتجاء إلي قاضي الإلغاء ليس في محله لأن قاضي العقد لا يملك إلغاء القرار الإداري الصادر مثلا بالإنهاء الانفرادي للعقد للمصلحة العامة أو توقيع الجزاءات الضاغطة حيث تنحصر سلطته فقط في بحث عنصر التعويض عن الأضرار التي تصيبه متى اتسم القرار بعدم المشروعية.

وسوف نأتي في الصفحات التالية لصور من طعون المتعاقدين في القرارات الخاصة بالمناقصات والمزايدات ثم في جزء آخر نبحث طعون المتعاقدين في غير القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات.

أيا كان الأمر فالمعيار المميز للقرار القابل للانفصال عن غيره هو صلاحية هذا القرار ذاته لترتيب آثار قانونية معينة بمفرده دون التوقف علي أجزاء أخرى من العملية ودون انتظار لاكتمال العملية نفسها.

مكانة القرارات القابلة للانفصال في العقد الإداري:

لما كانت العقود التي تبرمها الإدارة سواء كان عقود قانون خاص أم عقود إدارية فهي من بين العمليات المركبة، وتمر بعدة مراحل وخطوات، ويتبع فيها العديد من الإجراءات، وتتخذ خلالها كثير من القرارات منها ما يسبق مرحلة إبرام العقد مثل إجراءات توفير الاعتمادات المالية اللازمة لعملية التعاقد خاصة بالنسبة للتعاقدات التي ترتب التزامات مالية علي الدولة، وتمثل القرارات الصادرة لهذا

الشأن بقرار التصريح أو الإذن بالتعاقد.

ومن هذه القرارات ما يتعلق بإجراءات إبرام العقد ذاته وطـرق التعاقـد، والإعلان عن المناقصة، وتلقي العروض وفض المظاريف والبت في العطـاءات، وقرارات استبعاد بعضها ثم قرارات إرساء المناقصة وأيضا قرارات إلغائها.

ومن هذه القرارات (القرارات القابلة للانفصال) إجراءات وقرارات تتصل بتنفيذ العقد، والإشراف علي التنفيذ، وقرارات إجراء بعض التعـديلات أو توقيـع جزاء علي المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله ببعض التزاماته الناشئة عـن العقـد بل وقرار فسخ العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

وكما تتواجد قرارات الانفصال عن العقد في مرحلة ما بعد التنفيذ وإنهـاء العقد كقرار وإجراءات رد قيمة التأمين النهائي فـي حالـة قيـام المتعاقـد بكافـة التزاماته مع الإدارة وفقا لما تتضمنه كراسة الشروط.

وهكذا نجد أن القرارات الإدارية القابلة للانفـصال عـن العقـد الإداري تتغلغل في كافة مراحل ميلاد العقد الإداري ابتداء من المراحل التمهيديـة لإبرامـه حتى نهايته.

الفرع الأول

طعون المتعاقدين في القرارات الخاصة بالمناقصات والمزايدات

بينما فيما سبق أن صفة الطاعن كونه متعاقدا أو من الغيـر ينبنـي عليهـا قواعد مختلفة فيما يتعلق بأحقية الالتجاء إلي قاضي العقد، وكذا إلي قاضي الإلغاء.

وقد سبق أن أوضحنا في المبحث السابق أن للمتعاقد الالتجاء إلي قاضـي العقد فيما يتعلق بالمنازعات التي تنشأ بمناسبة العقد الإداري سواء تعلقـت بتنفيـذ العقد أو انهائه.

أما فيما يتعلق بالقرارات الخاصة بالمناقـصات والمزايـدات فهـل هـذه القرارات تعد من قبيل القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد ومن ثم يحـق للمتعاقد الالتجاء إلي قاضي الإلغاء أو لا تعد كذلك ويلجأ المتعاقد إلي قاضي العقد؟

ونظرا لأهمية بحث هذا الموضوع نعرض لموقف الفقه في فرنسا وفي مصر ثم موقف القضاء بالنسبة لهذا الموضوع في البلدين.

أولا: موقف الفقه الفرنسي والمصري:

يذهب الكثرة في الفقه الفرنسي والعربي أن تحديد القرارات في حالة المناقصات والمزايدات تحديدا شخصيا أي يراعي فيه شخصية الطاعن فهي تقبل الانفصال بالنسبة لطعن الغير، ولكنها لا تقبل من رست عليهم المناقصة أو المزايدة. [1]

وقد برر الفقه رفضه عن قبول الطعن بالإلغاء في قرار رسو المناقصة أو المزايدة من المتعاقد بأن لا مصلحة لمن رسى عليه المزاد أو العطاء في الطعن في قرار الرسو أو ما يلحق به أو يسبقه من قرارات، وأنه يمكنه الطعن بالإلغاء في كافة القرارات أمام قاضي العقد، إذا ما وقع مساس بأي حق من حقوقه ويستهد الفقه الفرنسي بحكمين صادرين عام ١٩٤٩ رفض فيهما المجلس الطعن المقدم من المتعاقدين. [2] ويتمسك مجلس الدولة الفرنسي بفكرة الرفض السابقة بصورة أكثر حزما بالنسبة للعقود المدنية. [3] وتبني الفقه المصري وجهة النظر السابقة ويري أنه "خير للمتعاقد الالتجاء إلي قاضي العقد من قاضي الإلغاء لأن بحصوله علي إلغاء القرار يتعين علي المتعاقد بعد ذلك أن يلجأ إلي قاضي العقد لكي يرتب له نتيجة إلغاء القرار المطعون فيه. [4]

---

(١) يراجع في ذلك للفقيه/ دي لوبادير- عقود جزء ٣ ص ٣٣٦- وكذلك البير رفائيل- المرجع السابق ص ١٦١ مؤلف Jean- Lamarque Recher ches- Sur l'applicotion du Droit prive aux services public admini stratifs باريس سنة ١٩٦٠ ص ١٨١ وما بعدها- العميد الطماوي- عقود ص ١٩٠ وما بعدها.

(٢) حكمان لمجلس الدولة الفرنسي صادران في ١٩٤٩/١/٢١ في قضيتي Syndicat des pecheurs prafessionnels du Depart ement du Sieur Guillat- Bas- Rhein

(٣) Jacqyes Georgeuet liet veaux- Juris- classer admini stratify ملزمة ٦٥٥ فقرة ١٨.

(٤) يراجع في ذلك للعميد/ الطماوي- عقود صـ١٩١.

ثانيا: موقف القضاء:

يغاير القضاء وجهة نظر الفقه السابقة والأحكام واضحة الدلالة علي قبول المتعاقدين في قرارات المناقصات والمزايدات أمام قاضي الإلغاء.

بالنسبة للقضاء الفرنسي:

لم يبين القضاء فكرة الفرض عن قبول الطعن بالإلغاء في الطعن بالإلغاء في الطعن المقدم من المتعاقد ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد علي أساس صفة الطاعن.

ومثلا علي ذلك حكم مجلس الدولة الصادر في قضية Taintuier سنة ١٩٥٤ كان سبب الرفض هو تخلف شروطك المصلحة لدى الطاعن. [١]

أما عن الحكمين الصادرين عام ١٩٤٩ فقد كان مبنيَ عدم القبول في هاتين الدعويين هو استناد الطعن بعدم الشرعية إلي مخالفة الحقوق التي يستمدها المتعاقد المدعي من المناقصة أو المزايدة حيث أن مخالفة العقد لا تكون مخالفة للشرعية وفي حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٢/٥ قبل الطعن المقدم من المتعاقد رست عليه المناقصة، وتتحصل وقائع هذه الدعوى في أن "طعنا بالإلغاء قدم من اتحاد الصيادين في إحدي المديريات ضد قرار رسو المناقصة علي الاتحاد في ست مجموعات مع أن المطروح للمناقصة كان سبع مجموعات Lot وكان الاختصاص بنظر هذه الدعوى معقودا للقضاء المدني وفقا للمادة الرابعة من القانون الصادر في ١٨٢٩/٤/١٥.

وقد بين المفوض Kahn في تقريره "أنه ينبغي طرح مشكلة الاختصاص التي قد تثيرها فكرة الدعوى الموازية لأن هذه الفكرة قد فقدت كل مقومات الحياة، وأنه ينبغي تحديد القرار القابل للانفصال تحديد موضوعا، ودون اعتبار لصفة رافع الدعوى الموازية".

وقد أيدت المحكمة وجهة نظر المفوض سالفة الذكر مقررة "حيث أن هذا

---

(١) راع في ذلك الفقيهان/ أوبي ودارجو - المرجع السابق جزء ٢ صـ ٤٥٣ هامش ١١.

الطلب يرمي إلي إلغاء المناقصات المؤرخة في ٢٥/١٢/١٩٥٥ لتجاوز السلطة... وأن الاتحاد لا يستند في تدعيم طعنه إلي إنكار أي حق يتعلق به، ولكن ينازع في شرعية المناقصة محتجا بأنها تمت علي أساس قرار وزاري.. غير مشروع".

واختصت المحكمة الإدارية بالفصل في مجموع طلبات عريضة الإلغاء لتجاوز السلطة رغم أن الاتحاد قد أعلن رسو المناقصة عليه بالنسبة لبعض المجموعات موضوع النزاع. وقد صدر هذا الحكم في عقد مدني إلا أنه يتسع ليشمل العقود الإدارية كذلك. هكذا كان وجهة نظر القضاء الفرنسي بالنسبة لطعون المتعاقد في القرارات الصادرة في المناقصات والمزايدات.

موقف القضاء المصري:

كان مجلس الدولة المصري أكثر وضوحا في قبول الطعن بالإلغاء من المتعاقدين الذين رست عليهم المناقصات أو المزايدات، ولا تفرقة بين عقود الإدارة المدنية، وعقودها الإدارية.

بالنسبة للعقود الإدارية فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن "القرار الصادر من مصلحة الشئون القروية برسو عطاء المناقصة ردم البرك في بعض القرى دون البعض الآخر علي المدعين قرار إداري نهائي مما تختص المحكمة بنظر طلب إلغائه وطلب التعويض عنه وفقا لأحكام الفقرة السادسة من المادة الثالثة ثم المادة الرابعة من قانون مجلس الدولة[1]

وبالنسبة للعقود المدنية فإن مجلس الدولة المصري أكثر وضوحا في قبول طعون المتعاقدين "ففي حكم صدر من محكمة القضاء الإداري عام ١٩٥٠ تقدمت المدعية مع الآخرين بعطاء في مزايدة لشراء أرض مملوكة للحكومة ورسا عليها المزاد وقبل تصديق وزارة المالية علي التعاقد عادت مصلحة الأملاك وشهرت مزاد قطعة الأرض نفسها فرسا المزاد مرة أخرى علي المدعية بثمن أكبر ارتفاعا

(١) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥١/٣/٦ قضية رقم ٢٠٣ لسنة ٤ ق المجموعة السنة ق صـ ٦٩٠، وفي نفس المعني الحكم الصادر في ١٩٦٠/١/٥ قضية رقم ٢٥١ لسنة ١٣ ق المجموعة السنة ١٤ ق صـ ١٨٢.

فتقدمت بدعوى تطالب فيها بالتعويض علي أساس بطلان القرار الصادر بإشهار المزاد مرة ثانية".

ويلاحظ أن المدعية تعد في جميع الأحوال متعاقدة مع الإدارة، ولكن لم تلجأ إلي القاضي المدني المختص بدعوى العقد، وإنما لجأت إلي القضاء الإداري لتطالب بالتعويض عن قرار إداري غير مشروع، وقد قبل قضاء الإلغاء هذا الطعن.[1]

ومن الأحكام ذات المبادئ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٧/٢/٢٤ وتم فيه تخطئه تكييف منازع بأنها منازعة عقدية.

وتتحصل وقائعها "في استيلاء الإدارة علي تأمين أودعه صاحب العطاء الراسي عليه المزاد إذا اعتبرته الإدارة قد نكل عن التعاقد سيما كان يري أن من حقه أن يرفض هذا التعاقد فالمنازعة تدور في حقيقتها حول جزاء وقعته الإدارة وكان يدور حقها في توقيع الجزاء وجودا وعدما حول قيام العقد أو عدم قيامه.

وقد رأي الحكم "أن تكييف المدعي لدعواه علي هذه الصورة هو تكييف غير سليم إذ أن المنازعة المثارة خاصة بالتأمين المؤقت المدفوع من المدعي عند الدخول في المناقصة فهي منازعة تتعلق بإجراء مستقل وقع في المرحلة التمهيدية السابقة علي إبرام العقد الإداري، ومن ثم فإن كل قرار يصدر بشأنها سواء أكان قرارا بمصادرة هذا التأمين أم قرار سلبيا بالامتناع عن صرفه إنما يكون محلا للطعن عن طريق دعوى الإلغاء.[2]

خلاصة ما تقدم:

يتبين مما تقدم أن هناك اختلاف في وجهات النظر بين الفقه والقضاء

---

(١) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٠/٤/٢٥ قضية رقم ٢٠٨ لسنة ٣ق المجموعة ٤ صـ ٦٤٤، وفي نفس المعني الحكم الصادر في ١٩٥٤/٣/١٤ قضية رقم ٢٠ لسنة ٦ ق المجموعة السنة ٨ ق صـ ٩٤٨.

(٢) يراجع في ذلك القضية رقم ١٤٠٨ لسنة ١٠ ق مجموعة القضاء الإداري لسنة ١١ق صـ ٢٢٩.

سواء في مصر أو في فرنسا حول مدى أحقية المتعاقد في الالتجاء إلي قاضي الإلغاء للطعن علي القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات.

فبينما يري الفقه عدم أحقية المتعاقد في الالتجاء إلي قاضي الإلغاء للطعن علي القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات بأنه لا مصلحة له في الالتجاء إلي قضاء الإلغاء للطعن علي القرارات الخاصة بالمناقصات أو المزايدات وإنما له الطعن علي هذه القرارات السابقة أمام قاضي العقد، بينما يغاير القضاء وجهة نظر الفقه السابقة ولم يبني رفض قبول الطعن بالإلغاء المقدم من التعاقد ضد هذه القرارات علي أساس صفة الطاعن بل علي أساس آخر هو انعدام شرط المصلحة هذا بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي أما مجلس الدولة المصري فكان أكثر وضوحا من مجلس الدولة الفرنسي في هذه النقطة محل البحث وقبل صراحة الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد ضد القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات حسبما وردت بالأحكام التي سبق لنا سردها في هذه الصفحات السابقة.

ونحن نؤيد اتجاه القضاء في قبول الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد ضد القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات ولكن أساس رأينا السابق لا يرجع إلي أن القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات تعد من قبيل القرارات القابلة للانفصال عن العقد ولكن نبني رأينا السابق علي أساس وجود مصلحة للمتعاقد في الالتجاء إلي قاضي الإلغاء بوجود اختصاص لقاضي العقد في مثل هذه المنازعات حيث يجب ترك باب للمتعاقد للالتجاء إلي قاضي الإلغاء أو لقاضي العقد حسبما يتراءي لهم المصلحة في ذلك.

الفرع الثاني

طعون المتعاقدين في القرارات الصادرة في غير المناقصات والمزايدات

يتجه الرأي الغالب في فرنسا إلي أن المتعاقد له حق الالتجاء إلي دعوى الإلغاء بالنسبة لكافة القرارات التمهيدية أو المصاحبة لإبرام العقد أو اللاحقة علي هذا الإبرام. (1)

ويستند هذا الرأي في تأسيس وجهة نظره السابقة بأن فكرة القرارات القابلة للانفصال عن العقد نشأت في الأحكام الثلاثة الصادرة في مطلة القرن الحالي " وهي الخاصة بقضايا بلديات Garre, Villers- Sur Mer- Messe جميعها بشأن عقود مدنية، وكان الطاعن هو البلديات المتعاقدة ضد قرارات سلطات الوصاية، وإنه منذ هذه اللحظة استقر هذا الفقيه بالنسبة لكافة العقود الخاضعة للقانون العام والخاصة للقانون الخاص علي حد سواء. (2)

وتقرر أحد الأحكام الشهيرة "أن المتعاقد له الحق أن يحيل إلي مجلس الدولة عن طريق الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة القرارات الصادرة بسحب القرارات القابلة للانفصال التي قد تساهم في تكوين عقده. (3)

وهناك رأي آخر حديث يري أن المتعاقد ليس له إلا أن يلجأ إلي قاضي العقد ويؤيد المفوض Mosset هذا الرأي في تقرير له في حكم صدر سنة ١٩٥٤

---

(1) راجع في ذلك ففقيه/ دي لوبادير- عقود جزء٢، ص ١٢٩، وما بعدها، وكذلك للفقيه/ دبيير- المقال السابق ص ٢٣٥، وهيير المرجع السابق ص ٢٥٣، وما بعدها وبيكينو المؤلف السابق ص ٥٨٠ وما بعدها.

(2) راجع في ذلك مجلس الدولة الفرنسي الحكم الصادر في ١٩٣٦/٢/٧ في قضية دالوز القضائية سنة ١٩٢٧ ص ١٧١.

Department de la creuse في ١٩٥٥/٢/٤- Ville de severne ص ٧٣.

(3) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٢٩/٧/٢٦ في قضية لأي Bsllargeat ص ٦٧٩.

حيث يقوم بالتمييز بين المتعاقد وغير المتعاقد فيسمح بالثاني أن يلجأ إلـي دعـوى الإلغاء بالنسبة إلي القرارات المساهمة في تكوين العقد بينما لا يقبل فصل القرارات إذا تعلق الأمر بطعن مقدم من متعاقد سواء كان العقد مدنيا أو إداريا. حيـث يـري أن التجاء المتعاقد إلي دعوى الإلغاء أمر غير ذي فائدة ويـؤدي إلـي تعقيـدات لا مبرر لها إذ يتعين عليه بعد أن يحصل علي حكم الإلغاء أن يلجأ إلي قاضي العقـد طالبا إبطاله استنادا إلي الحكم السابق.

وأوضح أنه بالنسبة للعقود المدنية "إذا كانت المحاكم القـضائية مختـصة بنظر عقد من العقود فهي تختص تبعا لذلك بنظر القرارات التـي تكمـل العقـد أو تدعمه إذ يتطلب الحكم علي صحة العملية في مجموعهـا.. تقـدير سـلامة كافـة عناصرها من قرارات صادرة عن إرادة واحدة في اتفاقات متعددة الأطراف".

ويلاحظ علي هذا الحكم أنه لم يبين قابلية القرار للانفصال إذا كان موجهـا من أحد المتعاقدين، ويقدم Liet veaux في معرض الدفاع عن جهة نظره حكمـا آخر صدر في عام ١٩٥٤ بمناسبة عقد مدني(١) لم يقبل فهي القضاء الطعن بالإلغاء الموجه من المتعاقد.

ويعلق الفقيه (لامارك) علي هذا الحكم بأنه لم يقبل الطعن من المتعاقد لأنه كان مؤسسا علي مخالفا القرار للنصوص العقد ولم يكن لصفة المدعي دخـل فـي عدم القبول.

وقد قبل القضاء الفرنسي في أحكامه اللاحقة فـصل القـرارات بالنـسبة لطعون المتعاقدين، ونري ذلك في حكمه الصادر سنة ١٩٥٥ فقد قبل الطعـن مـن البلدية المتعاقدة ضد قرارات سلطة الوصاية بالتصديق علـي مـداولات المجلـس البلدي وعلي عقد الالتزام. (٢)

---

(١) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الـصادر فـي ١٩٥٤/٤/٢ فـي قـضية Ste l'extension de Paris

(٢) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٥٥/٢/٤ في قـضية Ville de saverne صـ ٧٣.

ويؤكد جونيدك في مقالة أن الطاعن بالإلغاء لتجاوز السلطة أصبح ممكنـــا صد كافة القرارات القابلة للانفصال عن العقد سواء كان العقــد مــدنيا أو إداريـــا بصرف النظر عما إذا كان الطاعن طرفا في العقد أو من الغير. (١)

وضع المشكلة في القانون المصري:

منهج القضاء المصري في القرارات القابلة للانفــصال عــن العقــد هــو تبعيض هذه العملية التعاقدية مما أعطي هذه القرارات طابعا موضوعيا لا يميز فيه بين متعاقد وغير متعاقد.

وتطبيقا لذلك بالنسبة للعقود المدنية قررت محكمـــة القــضاء الإداري أنـــه "يجــب التفرقة بين بيع أملاك الحكومة، وبين المراحل التي تسبق وقوع هــذا التــصرف، وأنه في المرحلة الأولى تقف الحكومة في مصاف الأفراد طبقا للقواعــد المدنيـــة، وتختص المحكمة المدنية بكل نزاع ينشأ عن ذلك.

أما ما يسبق هذه المرحلة من الإجراءات... والقرارات... فإنما تــصدرها السلطة الإدارية بمالها من الولاية العامة والطعن بالإلغاء في هذه القرارات في هذه الصورة ليس من اختصاص المحاكم المدنية بل تخــتص بهـــا محكمـــة القــضاء الإداري. (٢)

وفي حكم آخر صدر عام ١٩٦٣ قــررت محكمـــة القــضاء الإداري "أن القرارات الصادرة بالتعاقد بالطريق المباشر، وبإبرام العقد تقبــل الانفــصال عــن العملية ذاتها باعتبارها قرارات إدارية تستند إلي السلطة العامـــة، أمـــا القــرارات اللاحقة لإبرام العقد فإنها تكون مستندة إلي السلطة العقديـــة، ويراعـــي فـــي هــذه القرارات أنها جميعا تصدر أثناء تنفيذ العقد، وهذه وحدها هي التـــي تــدخل فـــي منطقة النزاع العقدي ولا يرد عليها طلب الإلغاء(٣).

---

(١) راجع في ذلك: جونيدك- المقال السابق صـــ ٥٨.

(٢) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٨/٣/٣١ في القضية رقم ٢٨٦ لسنة ١ ق المجموعة السنة ٢ صـــ ٤٩٢.

(٣) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٦٣/٤/٢١ في القضية رقم ٣٢٩ لسنة ١٤

ولنا تحفظ علي حكمي محكمة القضاء الإداري سالفي الذكر وهو أن كـل ما يثار من منازعات بشأن العملية العقدية ابتداء من المراحل التمهيدية لإبرام العقد حتى إنها العقد تعتبر منازعة عقدية، ومن ثم لا نؤيد ما ذهبت إليه محكمة القـضاء الإداري من قصر مفهوم المنازعة العقدية علي مرحلة تنفيذ العقـد، وغـن قابليـة القرارات محل الطعن للانفصال عن العملية لا يخل بالاختصاص الأصيل لقاضـي العقد.

وتصديقا لصحة تحفظنا السابق فقد تواترت أحكام القـضاء الإداري فـي مصر علي اختصاص قاضي العقد اختصاص شامل يبـدأ بمرحلـة المفاوضـات وينتهي بآخر مرحلة في العملية العقدية بما في ذلك إنهاؤهـا وتـصفية العلاقـات الناشئة عن الإنهاء. (1)

وبصدور قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ جعل هنـاك اخـتلاف بين دعوى الإلغاء ودعوى العقد إذ أنه بموجب الفقرة الثالثة مـن المـادة الرابعـة عشر أصبح الاختصاص بنظر منازعات العقود للمحاكم الإدارية إذا لـم يتجـاوز قيمة المنازعة خمسمائة جنيها- أما طلبات إلغاء القرارات الإدارية فهي دائما مـن اختصاص محكمة القضاء الإداري، ولكن رغم ذلك فإنه ليس للمتعاقد أي مـصلحة في أن يلجأ إلي قاضي الإلغاء في مصر نظرا للسلطات الواسعة التي يتمتـع بهـا قاضي العقد دون قاضي الإلغاء.

أما بالنسبة للعقود المدنية فللمتعاقد مصلحة كبرى في الالتجاء إلي قاضـي الإلغاء رغم أن له الحق في أن يلجأ إلي المحاكم المدنية لطرح المنازعات الخاصة بعقدة أمامها إلا أنه توفير للوقت حالة وجود قرار غير مشروع يحال بالتـالي إلـي المحاكم الإدارية للاختصاص نجد أنه من الجدوى الالتجاء إلي المحاكم الإدارية.

ق مجموعة السنوات الخمس صـ ١٨٨.

(١) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١/٢٤ قـضية رقـم ٤٩٢ لسنة ٩ ق مجموعة السنة ١٠ق صـ ١٦٢، وكذلك الحكم الصادر في ١٩٦٢/٥/٢٧ قضية رقم ١٥٥ لسنة ١٢ ق مجموعة السنوات الخمس صـ ٨٩.

وإذا كان القانون المصري ذهب إلي غرار القانون الفرنسي في أحقية المحاكم المدنية في تفسير وفحص مشروعية القرارات الإدارية الفردية والتنظيمية، وبالتالي لا يوجد صالح للمتعاقدين عن الالتجاء إلي قاضي الإلغاء إلا أن القضاء المدني في مصر درج علي امتناعه عن تفسير القرارات الإدارية أو تأويلها أو فحص شرعيتها وذلك بالنسبة للقرارات الفردية. (١)

أما القرارات التنظيمية فإن المحاكم العادية تملك فحص شرعيتها وفي هذا تقول محكمة النقض في العديد من أحكامها أنه "جري قضاء هذه المحكمة علي أنه لا يحول دون اختصاص المحاكم المدنية أن يكون أساس الدعوى الطعن في مشروعيته القرار الصادر من المجلس البلدي بفرض الرسم الذي توقع الحجز تنفيذ له وذلك أن المادة رقم ١٨ من قانون تنظيم القضاء.. التي تخرج عن ولاية المحاكم وقف الأمر الإداري أو تأويله إنما تشير إلي الأمور الإداري الفردي دون الأمر الإداري العام أو اللوائح ولهذا فإن علي المحاكم المدنية أن تستوثق من مشروعيته اللائحة المراد تطبيقها علي النزاع المطروح ومطابقتها للقانون. (٢)

ويلاحظ أن إذا كان للقاضي المدني أن يتعرض لمشروعية القرارات التنظيمية إلا أن حجية حكم القاضي المدني محدودة بالنسبة للحكم الصادر فيه عكس الأمر بالنسبة للقاضي الإداري (الإلغاء) فله حجية مطلقة.

---

(١) يراجع في ذلك د/ فتحي والي- مبادئ القضاء المدني- الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٥ صحيفتي ١٨٦، ١٨٧، وكذلك للدكتور/ رمزي سيف الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- الطبعة الثانية ١٩٦٨- ١٩٦٩ صـ١٨٨، وراجع كذلك لكل من محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل، وفاروق راتب- قضاء الأمور المستعجلة الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٨ صـ ٢٣٢ وما بعدها.

(٢) يراجع في ذلك حكم محكمة النقض الدائرة المدنية في ١٩٥٥/١/٢٧ طعن رقم ٤٩ لسنة ٢٢ق مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس وعشرون سنة ص ١٣٥، ١٩٥٥/٣/١٠ والطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٢٢ق المجموعة السابغة ص١٣٥.

يستفاد مما تقدم:

أنه بالنسبة لمدى أحقية المتعاقدين في الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة مناسبة العملية العقدية في غير المناقصات والمزايدات نجد أنه في فرنسا يثور الخلاف بين الفقهاء حول مدى أحقية المتعاقدين في الالتجاء إلي الطعن بالإلغاء في القرارات سالفة الذكر إلا أن الرأي الغالب في الفقه إلي أحقية المتعاقدين في الالتجاء إلي استخدام وسيلة الطعن بالإلغاء للطعن علي القرارات الصادرة في غير المناقصات والمزايدات.

أما في مصر فإن بحث هذا الموضوع كان أكثر وضوحا وسلاسة مما أثير بحثا في فرنسا حيث سمع للمتعاقد ولغير المتعاقد الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة في غير المناقصات والمزايدات.

ورأينا في النقطة محل البحث:

هو تأييد حق المتعاقد في الالتجاء إلي وسيلة الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة في غير المناقصات والمزايدات وهذا يشمل النزاع العقدي بأكمله ابتداء من المراحل التمهيدية لإبرام العقد حتى إنهائه مع ملاحظة ضرورة توافر شروط قبول دعوى الإلغاء علي النحو الذي سبق بيانه.

ولا نؤيد أحقية المحاكم المدنية في بحث مشروعية القرارات التنظيمية المتعلقة بالنزاع المعروض عليها لأن في ذلك اعتداء علي اختصاص القضاء الإداري في هذا الشأن، ويتعين علي المحكمة المدنية أن تحيل الأمر في بحث مشروعية هذه القرارات إلي مجلس الدولة أسوة بما هو متبع في بحث مشروعية القرار الفردي.

الفرع الثالث

مناط أحقية المتعاقد في الالتجاء إلي قضاء الإلغاء للطعن علي القرار الإداري المنفصل عن العقد

قدمنا في مستهل تناولنا موضوع قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية أنه يتناول الإجراءات والقرارات الممهدة لميلاد العقد وقد ذكرنا في محيط بحث هذا الموضوع إشارة سريعة تفيد بأنه يجوز الالتجاء إلي قضاء الإلغاء إذا ما صدرت من الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى غير صفتها كمتعاقدة حينئذ يكون للمتعاقد كسائر المواطنين أن يطلب إلغاء تلك القرارات متي توافرت شروط دعوى الإلغاء[1] وكان أول من وضع أساس هذه التفرقة بين صفة الإدارة كمتعاقدة وتصدر قرارات استنادا إلي نصوص العقد، وبين صفتها غير متعاقدة وتصدر قرارات بهذه الصفة الأخيرة هو مفوض الدولة (تارديو) منذ سنة ١٩٠٧ عندما ذهب في تقريره علي حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ ١٩٠٧/١٢/٢٦ إلي أن " أن الأوامر التي توجهها الدولة للشركات تختلف آثارها حسبما إذا كانت متخذة بناء علي كراسة الشروط أو بناء علي اللوائح:- ففي الحالة الأولي: يجب علي الشركة أن تقيم دعواها أمام مجلس المديرية قاضي العقد- وفي الحالة الثانية: فإن شرعية هذه الأوامر تبحث في حدود ذاتها مع تجريدها من العقد، ولذلك فإن طريق الطعن بالإلغاء هو الذي يجب أن تلجأ إليه الشركات للطعن علي قرارات السلطة.

وتطبيقا لذلك صدر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٥٨/٥/٢ أجاز للمتعاقد مع الإدارة- خلافا لما كان حق الطعن بالإلغاء ضد قرارها بالإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة، والذي أصدرته الإدارة علي شكل مرسوم لائحي أنهي طائفة من العقود لدواعي المصلحة العامة[2].

ولكن هذا الحكم لم يقبل الطعن لأنه كان مؤسسا في مخالفة القرار

---

(١) راجع في ذلك د.الطماوى- العقود الإدارية ص١٩٤.

C.E.٢ Mai ١٩٥٨ Distillerie de Maganc Laval- Rec. P. ٢٦٤. (٢)

لنصوص العقد، أي الأمر متعلق بمفهوم الشرعية. ولم يكن لصفة المدعي دخل في عدم القبول. (1)

وقد قبل القضاء الفرنسي في أحكامه اللاحقة فصل القرارات بالنسبة لطعون المتعاقدين وتطبيقا لذلك صدر حكم عام ١٩٥٥ قبل الطعن المقدم من البلدية المتعاقدة ضد قرارات سلطة الوصاية بالتصديق علي مداولات المجلس البلدي وعلي عقد الالتزام. (2)

ومن أحكام مجلس الدولة في مصر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/١/٢٧، وقد تبنيٰ فيه الفكرة السابقة التي جاءت في حكم مجلس الدولة الفرنسي سالفة الذكر، فقرر بأنه " إذا كان الإلغاء مستندا إلي نص القانون فقط، وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قرارات إداريا، ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستندا إلي نصوص العقد نفسه وتنفيذاً له فإن المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الإداري علي أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء. (3)

وفي ذات المعني صدر حكم المحكمة سالفة الذكر بتاريخ ١٩٦٠/١٠/٢٠ حيث قالت فيه" أن طلب الإلغاء، وبالتالي وقف التنفيذ لا يردان إلا علي القرار الإداري الذي تصدره جهة الإدارة مفصحة عن إرادتها الملزمة استنادا إلي السلطة التي خولتها إياها القوانين واللوائح.

أما إذا كان الإجراء صادرا من جهة الإدارة استنادا إلي نصوص العقد أو تنفيذا له لا يعدو قرارا إداريا، وبالتالي لا يرد عليه طلب الإلغاء أو وقف التنفيذ.(4)

---

(١) لامارك، المرجع السابق، صـ١٨١.

(٢) مجلس دولة فرنسي ١٩٥٥/٣/٤ Ville.De Saverne صـ٧٣.

(٣) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/١/٢٧ في القضية رقم ١٦٧ لسنة ١١ق.

(٤) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٠/١٠/٢٠ قضية رقم ١٦٦

وتطبيقا لما سبق أجاز مجلس الدولة الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة تنفيذا للعقد إذا كانت هذه القرارات صادرة استنادا إلي سلطتها الضبطية من ذلك:-

قبول الطعن بالإلغاء في قرار وزير التموين بالاستيلاء علي الأصناف الموجودة لدي الشركة المتعاقدة لمماطلتها في التوريد بحجة أنه إجراء صدر من الجهة القائمة علي شئون التموين باعتبارها سلطة عامة واستنادا إلي أحكام القانون فلا يعتبر هذا الاستيلاء استعمالا من جانب الإدارة المتعاقدة لحقها المستمد من العقد. (1)

قبول الطعن بالإلغاء في قرارات الإدارة بتوقيع العقوبات الإدارية إذا اتخذت بناء علي ما تحوزه من سلطة عامة.

ويلاحظ أن مجرد مخالفة الإدارة للقوانين واللوائح لا يبرر قبول دعوى الإلغاء من المتعاقد مع الإدارة فقط بل ذلك الحق مقرر للغير كذلك ونجد خير تطبيقا لذلك في عقود الامتياز حيث أجاز مجلس الدولة الفرنسي للمنتفعين في عقود الالتزام بالطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدرها الإدارة استنادا إلي الشروط اللائحية وكيفية أداء الخدمة، وذلك في الحكم الصادر في ١٩٥٦/١٢/٢١ وتتلخص وقائع هذا الحكم في " أن الشركة التي منحت امتياز شبكة ترام بورود عقب إحلال الجر الميكانيكي محل الجر الحيواني عام ١٩٠١ قامت بتعديل خطوطها وقررت إلغاء الخط الذي يربط حي لاكروا سيجيه تيفولي فقام علي أثر ذلك العميد دوجي بتكوين رابطة ملاك من السكان المنتفعين بخدمات الشركة وطالبوا سلطات المديرية- الجهة المانحة بإنذار الشركة بتنفيذ المرفق بالشروط المقررة بكراسة الشروط، وعندما رفض المدير ذلك اعتبر هذا الرفض بمثابة قرارا إداريا، وطعنوا

لسنة ٢ق مجموعة السنة ١٥.

(1) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٣/١٢/١٥ في القضية رقم ١ لسنة ١٧ق مجموعة الخمس سنوات صـ٢٥٨.

فيه أمام مجلس الدولة، وقد قبل المجلس الطعن شكلا إلا أن رفضه موضوعا. (١)

وإذا نظرنا بعين فاحصة في هذا الحكم سالف الذكر نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قبل الطعن المقدم من المنتفعين ضد شركة بورود بشأن القرار الذي أصدرته هذه الشركة بتعديل خطوط سير التزام وإلغاء الخط الذي يربط حي لاكروا سيجيه تيفولي. والآن يأتي التساؤل ما هو الأساس الذي اعتمد عليه مجلس الدولة الفرنسي في قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار محل الطعن؟

فسر الفقه الفرنسي قبول الطعن بالإلغاء المقدم من الأجنبي عن العقد بأن عقد الالتزام يتضمن إلي جانب الشروط العقدية التي تربط الملتزم بمانح الالتزام شروطا أخرى لائحية تنظيم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، ومن ثم فإن خروج الملتزم عليها لا يتضمن مجرد إخلالا بالتزام شخصي مرجعه العقد بل أنه ينطوي علي مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة في العقد مما يجعل القرار غير مشروع ويكون لكل ذي مصلحة أن يرده إلي نطاق المشروعية.

كما مد مجلس الدولة الفرنسي قضائه السابق إلي طائفة العمال الذين يستعين بهم الملتزم في تسيير مرفقه وأجاز للنقابات الممثلة لهم بحق طلب إلغاء القرارات الإدارية الصريحة والضمنية التي تصدر من الإدارة، وتتضمن خروجا علي شروط التشغيل.

ذهب الفقيه (دي لوبادير) في تفسيره للقضاء السابق لمجلس الدولة الفرنسي إلي أن " القرارات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة بصفة أخري خلافا لصفتها التعاقدية تنفصل عن العقد. هذه القرارات تأخذ حكم التي تتخذها جهة إدارية أخرى أجنبية عن العقد، فعلي الرغم أنها ليست مرتبطة بالعلاقات التعاقدية إلا أنها تؤثر في تنفيذ العقد ولذلك يجب منطقيا أن يتمكن المتعاقد من الطعن فيها بالإلغاء مثلما يمكن لأي شخص صاحب مصلحة أن يفعل ذلك، والتبرير المناسب لذلك أنه عندما تكون تدابير الإدارة صادرة بمقتضي سلطات خارجية تماما عن

---

(١) C.E.٢١ Decem.١٩٠٦- Syndicat des proprietaires et contril wables du quartier croix- Seseguez Tivoli- Rec. ٩٦٢- conclu Roumieu ٥ - ١٩٠٧-٣-٣٣ Note Hauriou

العقد مثل السلطات المعترف بها للإدارة بواسطة القوانين واللوائح أو عندما يكــون التدبير محل الشأن متعلقا بإنهاء العقد وصادرا بمقتضي القواعــد المطبقــة علــي العقود تحت شكل مرسوم يسري علي طائفة كاملة من العقود فإن هــذا المرســوم اللائحي يكون قابلا للطعن فيه بالإلغاء من جانب متعاقدى الدولة. (١)

كما ذهب الفقيه (Galiay) إلي أن مجلس الدولة قد أقر دعوى الإلغــاء المقامة من المتعاقد ضد تدابير تنفيذ العقد التي تجد مصدرها في قانون أو لائحــة، ويري أن هذا الحل منطقي لأن السلطة الإدارية تتدخل لــيس بمقتــضي ســلطاتها التعاقدية ولكن بمقتضي الامتيازات التي تستمدها من القوانين مباشرة. (٢)

ورأينا في هذا الموضوع أننا حينما نتحــدث عــن الأعمــال القانونيــة أو التصرفات القانونية التي تقدم بها جهة الإدارة نجد أن هذه التصرفات تنقــسم إلــي قسمين:- تصرفات أو أعمال تتعلق بحفظ النظام العام بمفهومــه الثلاثــة الــصحة العامة والسكينة العامة والأمن العام، ومن المسلم به أن للإدارة في ســبيل الحفــاظ علي النظام العام تصدر قرارات تتعلق بهذا الشأن فإذا ما أصــدرت جهــة الإدارة قرارا يتعلق بالنظام بصدد العقد الإداري فيكون أمام المتعاقد والغير مجال الطعــن بالإلغاء في هذا القرار مجالا واسعا، وأما إذا كان القرار الصادر من جهــة الإدارة بصفتها المتعاقدة وبغير مجال النظام العام فيغلق باب الطعن بالإلغاء فــي مواجهــة القرار محل الطعن للأسباب الآتية:

١- إن مخالفة القرار الإداري الصادر من جهة الإدارة لنصوص العقد لا ينطــوي ذلك علي مخالفة للمشروعية، ومن ثم لا يجوز للمتعاقد أو للغير أن يطعن فيــه بالإلغاء إنما مجال هذا الطعن هو لقاضي العقد.

٢- طبقا لمبدأ نسبية آثار العقد بمعني أن آثار العقد تنحصر علي عاقديه وبناء علي ذلك لا يجوز للغير الطعن في مخالفة الإدارة لبنود العقد لعدم انــصراف آثــار

---

(١) Laubadere et autres.op.cit.,P.١٩٥٩ T.٢.

(٢) C.Galioy.les contrats Entre Personnes- publiques these.Toulouse- ١٩٧٨.P. ٣٠٨.

العقد إليه ومن هنا كذلك تستبعد دعوى الإلغاء للطعن في مثل هذه القــرارات. ولكن إذا استندت الإدارة في إصدار مثل هذه القرارات إلي سلطاتها المـــستمده من نصوص القانون فيكون من حق المتعاقد والغيــر الطعــن فــي القــرارات الإدارية لمخالفتها للقوانين واللوائح.

المطلب الثاني

مدي جواز قبول الطعن بالإلغاء من الغير في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري

الغير: هم الخارجون علي العقد،ولهم مصلحة جادة ومشروعة فــي إلغــاء القرار المنفصل في العملية التعاقدية التي تقوم عليها الإدارة ويقبــل مــنهم الطعــن بتجاوز السلطة ضد القرارات التي تساهم في تكوين العقد طبقا لنظرية القــرارات المنفصلة عن العقد متي كانت لهم مصلحة مباشرة في الطعن بشرط أن تكون لهــم مصلحة شخصية[1]. ولا يتيسر للغير ذلك الطعن إلا إذا وجد قــرار يخــرج عــن قاعدة نسبية العقود، وهذا لا يتوافر إلا نادراً، ونطاقه العــادي فــي عقــود التــزام المرافق العامة، فالمنتفعون بخدمات المرفق العام وهو من الغير إذا وجدوا مخالفــة لقائمة الشروط الملحقة بالعقد فإنهم يستطيعون أن يطلبوا من الإدارة معالجة ذلــك، فإذا امتنعت كان لهم أن يطعنوا في القرار السلبي بالإلغاء.

وتطبيقا لذلك نجد حكم محكمة القضاء الإداري المــصري الــصادر فــي ١٩٤٧/١١/٢٥ بعد أن أقر بمبدأ جواز الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة التي تساهم في تكوين العملية العقدية قال"......... كما أن الأغيار الذين لا يــستطيعون الطعن في العقد مدنيا لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك علي اعتبار أنهم ليسوا أطرافــا في العقد يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به متــي كانــت لهــم مصلحة شخصية مباشرة في هذا الطعن، وقد يؤدي إلغــاء القــرار الإداري إلــي

---

(١) راجع في ذلك د. عبد المنعم جيره- أثار حكم الإلغاء- رسالة دكتــوراه - القــاهرة ســنه ١٩٧٤.

تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم...".

كما أيد القضاء المصري الاتجاه الحديث في إجازة فصل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد في حالة الطعون المقدمة من غير الأطراف المتعاقدة، من ذلك الحكم الصادر في ١٩٦٦/٣/٢٦ الذي أصدرته المحكمة الإدارية العليا، وقبلت فيه الطعن بالإلغاء الموجه من شركة القاهرة للنقل والسياحة وهي من الغير ضد قرار مؤسسة النقل العام بالاستيلاء على سيارات مؤسسة خطوط القاهرة- أبو رجيلة[1].

كما تبنت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء باستمرار، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادرة في ١٩٧٥/٤/٥ حيث قالت" ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي يمهد بها لإبرام هذا العقد.. فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة... ومثل هذه القرارات يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا[2].

أما في فرنسا فإن المستفاد من حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٥٤/١١/٢٦ بناء على تقرير المفوض Mosset أن المجلس قبل الطعن بإلغاء قرار إداري منفصل بناء على طبيعة الطاعن وكونه من الغير، وليس طرفا في العقد ويتساءل المفوض Mosset هل اعتبار قرار ما منفصلا عن العقد بالنسبة للغير لا يكون كذلك بالنسبة للمتعاقدين، وبالتالي لا يمكنهم طلب إلغائه نظرا لوجود الطعن الموازي؟ يجيب المفوض المذكور على هذا السؤال بالإيجاب حيث يقول أن" أن قرار التصديق لا يمكن فصله عن العملية التعاقدية كلها بالنسبة للمتعاقدين، وفي حالة وجود نزاع بصدده يكون قاضي العقد هو المختص، أما بالنسبة للغير فهو قرار منفصل يمكن الطعن فيه استقلالا بتجاوز السلطة أما قضاء الإلغاء مثله أي قرار إداري.[3]

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٦/٣/٢٦ القضيتان رقمي ١٤٤ لسنة ٧ق، ٧٣٠ لسنة ٨ ق مجموعة السنة ١١ق صــ٥٦٥.

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٧٥/٤/٥ مجموعة المبادئ المؤقتة صــ١٦.

(٣) Concel Mosset sous- C.E.٢٦/١١/١٩٥١ synd de la Roffinerie francaise du-soufre- op.cit.,

ومن الأحكام القضائية الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي التي تؤكد حـق الغير في الطعن لتجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية المنفصلة فكان قرار إبـرام العقد ذاته مجالا للطعن بالإلغاء، وذلك في أحكام عديدة منها علي سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٣٤/١١/٩ وكان بـصدد دعـوى إلغـاء مقدمة من غرفة تجارية ضد قرار المحافظة بإبرام العقد. (١)

من ذلك أيضا طلب إلغاء مقدم من نقابة التعليم الزراعي ضد قرار الوزير بإبرام اتفاق يعطي بعض الامتيازات لمؤسسات التعليم الزراعي. (٢)

كما كانت مجالا للطعن بالإلغاء القرارات المنفصلة السابقة علـى عمليـة إبرام العقد مثل الترخيص بإبرام العقد Autorisation من ذلك حكم مجلس الدولـة الفرنسي بصدد الطعن المقدم من الغير ضد قرار وزير المالية(٣).

وقد قبل قضاء مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء الموجهة ضد بعـض القرارات الإدارية المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري فاعتبرها قرارات قابلة لانفصال عن العملية التعاقدية ويستطيع الغير طلب إلغائها وكان ذلك ابتـداء مـن سـنة ١٩٦٤ وجاء في هذا الحكم بأن " للغير يمكنهم رفع دعوى الإلغاء لتجاوز الـسلطة وذلـك نظرا لعدم مشروعية القرارات سواء تلك المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه علي اعتبار أنها قرارات قابلة للانفصال عن هذا العقد. (٤)

أما في فرنسا فأول حكم طبق فكرة أحقية الغير في الطعن بتجاوز الـسلطة هو الحكم في قضية" مارتان" سابق الإشارة إليه، وقد تطور قضاء مجلـس الدولـة الفرنسي في مجال إلغاء القرار المنفصل عـن العقـد الإداري بظهـور قـانونيين

---

(١) C.B. ٩/١١/١٩٥٤- chamber de commerce de tomatave - R.P. ١٠٣٤.

(٢) C.B.٢٠/١/١٩٧٨- Synde de L'Enseignement- Tecmmaqui- Ayrico le- public op.cir.

(٣) C.B.٢٦/١١/١٩٥٤- Synde de la Roffinerie de Soufre Francaise- P. ٦٢٠ D- ١٩٥٥ P. ١٧٢ Note ٦ tixier.

(٤) C.E.Sect ٢٤/٤/١٩٦٤ ste ananyne de livraisons Industriel et commerciale P. ٢٣٩ T.J.D. ١٩٦٤- ٢٩٣ chron M. Combarnous- D ١٩٦٤- P. ٦٦٥- Note ch Debbasch.

إصلاح نظام الرقابة والوصاية علي الجماعات المحلية بمقتضى القانون بين رقمي ٢١٣- ١٩٨٢ الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٣/٢، ورقم ٦٢٤-١٩٨٢ الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٧/٢٢.

فقد ألغت هذه القوانين نظام المصادقة وأحلت محله صورا من الرقابة عن طريق مفوض الجمهورية والمحكمة الإدارية بالنسبة للجماعات المحلية وتنص هذه القوانين علي أنه يمكن لمفوض الجمهورية Commissaire de la Republique وإلي الجهة أو المقاطعة ممارسة دعوى الإلغاء ضد بعض عقود الجماعات المحلية، ويلاحظ معظم الفقه أن هذا القضاء (قضاء الإلغاء) يختلف عن دعوى إساءة استعمال السلطة سواء من حيث الموضوع أو الأشخاص الذين يمكنهم رفعها أو الإجراءات التي تسير عليها الدعوى أو الحلول التي تصل إليها ويظهر هذا الاختلاف بالنسبة لعقود الجماعات المحلية التي يمكن أن تكون في ذاتها محلا للطعن بالإلغاء الأمر الذي كان مستحيلا في إطار دعوى إساءة استعمال السلطة[1].

إلا أنه أيا كان أوجه الاختلاف فقضاء الإلغاء بالنسبة لبعض عقود الجماعات المحلية هو أقرب إلي قضاء إساءة استعمال السلطة.

ومن ثم فمجال الطعن بالإلغاء طبقا لقوانين ١٩٨٢ الاتفاقات المتعلقة بالصفقات العقود، والقروض وأيضا عقود الالتزام أو إيجار المرافق العامة المحلية الصناعية والتجارية (الفقرة الثانية من القانون) وفي هذه الحالة يكون لممثل الدولة إحالة هذه التصرفات القانونية إلي المحكمة الإدارية إذ رأي أنها غير مشروعة ويطلق الفقه علي هذا النوع من " الإحالة طبيعية" ويكون للغير المتضرر من تلك التصرفات الطلب إلي ممثل الدولة لإحالتها إلي المحكمة الإدارية إلي جانب ذلك التصرفات المنصوص عليها في الفقرات الثلاثة من قوانين ١٩٨٢، ويطلق علي هذا النوع من القضاء **la defere provoque** أي أن ممثل الدولة لا يقوم بذاته بطلب إلغاء بعض عقود الجماعات المحلية بل يمكن للمتضررين من هذه الأعمال

M- Moderne et De lvolve- op.cit. P. ١٠٦٩ Delcomp les nouve lles (١)
conditions de controlae deloga lite sur les actes collect ivites locales
A.J.D.A ١٩٨٢ P. ٥٠٠.

التقدم إليه وطلب إحالة تلك التصرفات إلي المحكمة الإدارية لإلغائها إذا كانت غير مشروعة.

ويترتب علي هذا النوع الأخير من الإحالة أن العقود الإدارية غير عقــود الالتزام والإيراد والصفقات والقروض يمكن أن تكون مجالا للإحالة الإدارية بنــاء علي طلب الغير شخصا معنويا كان أو طبيعيا.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نصوص القانون سالف الذكر علي أحــد الأحكام حيث قبل طلب إلغاء موجه ضد العقد ذاته بتعيين موظف وكان ذلك بنــاء علي طلب ممثل الدولة. ثم تابع مجلس الدولة سياسته الجديدة وتلمس ذلك بــالحكم الذي صدر في ١٩٨٤/١/١١ والذي قضي به باعتبار قرار الإدارة بــرفض فــسخ العقد قرارا منفصلا عنه يجوز للغير الطعن فيــه اســتقلالا عــن العقــد بــدعوى الإلغاء.[1]

وخلاصة ما تقدم:

بعد أن استطلنا حول عرض موضوع كيفية تطور القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا في قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفــصلة عــن العقد الإداري المقدم من الغير، وقد وجدنا تطبيقات عديدة تضمنتها أحكــام مجلــس الدولة المصري ومجلس الدولة الفرنسي نقول أن قضاء مجلس الدولــة الفرنــسي والمصري مستقران علي هذا المبدأ حيث سمح للغير بتوجيه دعوى الإلغــاء ضــد القرارات المنفصلة المساهمة في عملية إبرام العقد أو رفض الموافقة عليه، بل امتد هذا المبدأ في القضاء الإداري الفرنسي إلي عملية تنفيــذ العقــد الإداري، واعتبــر بعض القرارات التي تتعلق بتنفيذ العقد الإداري من قبل القرارات المنفــصلة عــن العملية التعاقدية وقبل الطعن بالإلغاء قبلها من الغير علي النحو السالف بيانه.

وليس هناك شك في أحقية الغير في الالتجاء إلي وسيلة الطعــن بتجــاوز السلطة حيث أن المنطق يقتضي ذلك وكذلك العدالة لأنه ليس هناك طريــق آخــر

(١) C.E. ١١Juin ١٩٨٤ Fayard - Rec,P.٤.

للغير للدفاع عن حقوقه التي أدي العقد إلي المساس بها.

وفي فرنسا لا يصطدم حق الغير بالإلغاء علي القرار المساهم في تكـوين العقد بوجود الدعوى الموازية لأنه ليس للغير طريق رفع الـدعوى أمـام قاضـي العقد. أما في مصر يجمع الفقه والقضاء علي حق الغير في الالتجاء إلـي قاضـي الإلغاء ما لم يكن هناك طريق آخر للطعن بالإلغاء[1].

المبحث الرابع

مناط اختصاص قاضي الإلغاء بالطلبات المستعجلة المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية

تقول المحكمة الإدارية العليا بشأن اختصاص قاضي الإلغـاء بمنازعـات الطلبات المستعجلة في العقود الإدارية في حكمها الـصادر بجلـسة ١٩٨٠/١/٢٦" ومن حيث أن طلب الإلغاء وبالتالي طلب وقف التنفيذ لا يردان إلا علـي القـرار الذي تصدره جهة الإدارة مفصحة عن إرادتها الملزمة استنادا إلي السلطات التـي تخولها إياها القوانين واللوائح، أما إذا كان صادراً من جهـة الإدارة اسـتنادا إلـي نصوص العقد الإداري وتنفيذا له فإن هذا الإجراء لا يعد قراراً إدارياً، وبالتـالي لا يرد عليه طلب الإلغاء أو طلب وقف التنفيذ وإنما يعد من قبيل المنازعات الحقوقيـة التي تعرض علي قاضي العقد، وتكون محلا للطعن باستعداء ولاية القضاء الكامل، وغني عن البيان أن اختصاص جهة القـضاء الإداري بالفـصل فـي المنازعـات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعة أو ما يتفـرع عنها شأن الطلبات المستعجلة فمادامت مختصة بالأصل فهي مختصة بالفرع، وهو الطلب المستعجل، ومن حيث أن مدار المنازعة في الدعوى الماثلـة رعـين فـي جوهره بمدي حقوق طرفيها عند نهاية مدة الالتزام سواء بالنسبة إلي عقد الالتـزام الأصلي أو التكميلي المبرم بين الجهـة الإداريـة وشـركة أسـمدة الـشرق فـي

---

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩٦٤/٦/١٦ قضية رقم ٨٨ لسنة ١٥ق.

١٩٤٥/٨/٨ بخصوص تحويل قمامة القاهرة وضواحيها ومخلفات المذابح العمومية والفرعية إلي أسمدة عضوية وغيرها، وما ترنوا إليه الشركة المدعية بطلبها المستعجل من الحفاظ علي ما تدعيه من حقوق يخشى عليها من فوات الوقت.

ومثل هذه المنازعات جميعا لا تجاوز حقيقة العقد الإداري، ولا تنبؤ عن دائرته، ومن ثم تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء، ولا يرد عليها طلب وقف التنفيذ المتعاقد بالقرارات الإدارية[1].

كما قضت المحكمة الإدارية في حكم آخر بأنه " من المستقر عليه فقها وقضاء أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساسا إلي القضاء الكامل، ومن هذا فإن للمحكمة أن تنظر ما يكون قد صدر بشأن هذه العقود من إجراءات وقرارات بحيث يكون للمحكمة الاختصاص الشامل بجميع ما يتفرع عن المنازعة الأصلية من أمور مستعجلة. [2]

يستفاد من الحكمين السابقين الآتي:

أن اختصاص قاضي الإلغاء بمنازعات الطلبات المستعجلة في العقود الإدارة ينحصر في نطاق تضمين طلب الإلغاء، وكذا طلب وقف التنفيذ إلغاء قرار إداري أصدرته جهة الإدارة استنادا إلي ما لها من سلطة مخولة لها بواسطة القوانين واللوائح مثل القرارات التي تتعلق بالحفاظ علي النظام العام بمفهومه الثلاث (الصحة العامة– السكنية العامة والأمن العام)، أي لا علاقة له بنصوص العقد.

أما إذا كان طلب وقف التنفيذ بشأن قرار صادر من الجهة الإدارية استنادا إلي نصوص العقد الإداري، وتنفيذا له فإن مناط الاختصاص بالنظر في الطلبات المستعجلة المتعلقة بهذا الشأن يكون لولاية قاضي العقد لكونه المختص الأساسي بالأصل فهو يختص كذلك بالفرع.

---

(١) يراجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٨٠/١٠/٢٩ الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٣ق– مجموعة الخمس عشرة عاما ص١٨١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٥/١/٢٤ في القضية رقم ١٣٣٦ لسنة ٤٠ق.

وبناء علي ما تقدم نري أن اختصاص قاضي الإلغاء بالطلبات المستعجلة بشأن العقود الإدارية محدود للغاية بالنظر إلي اختصاص قاضي العقد بالنظر في هذه الطلبات المذكورة.

أما بالنسبة لطلب وقف التنفيذ:

قدمنا فيما سبق أنه يجوز الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل عن العقد، وهنا نبين جواز طلب وقف تنفيذ هذا القرار كذلك، ولو أبرم العقد حيث ما زالت هناك مصلحة لرافع الدعوى في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري المنفصل عن العقد.

وفي بيان ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١١/١٨" ... ومن حيث أنه فيما يقال في هذا الصدد من أن جهة الإدارة تعاقدت علي من رست عليه المناقصة مما يبدو معه لأول وهلة أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة عديم المناقصة مما يبدو معه لأول وهلة أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة عديم الجدوى ما دام لا ينتهي إلي إلغاء العقد ذاته مما ينتفي معه ركن المصلحة في الدعوى أو أن طلب وقف التنفيذ إنما يهدف إلي منع الإدارة من تنفيذ قرار إرساء المناقصة والتعاقد مع الراسي عليه العطاء.

فإذا كان التعاقد قد تم كما هو الشأن في هذه الدعوى الحالية فلا يعود الحكم بفائدة علي المدعي إذ أن الحكم بوقف التنفيذ لا يمس موضوع الدعوى، وما دام هدف المدعي لا يتحقق فإنه مصلحته تكون معدومة... لا حجة في هذا كله لأن مبادرة جهة الإدارة إلي اتخاذ إجراء من شأنه إقرار الوضع المخالف للقانون أو تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه لا يحول دون طلب إلغاء القرار، ولا يعصمه من الإلغاء بسبب من أسباب عدم المشروعية إذ أن قاضي الإلغاء لا يبحث إلا فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أولا أن يلغي دون أن يهتم بما يترتب علي هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية كما أن شرط توافر المصلحة في الدعوى يتأكد بوجود هذه المصلحة بالفعل ولا يدور وجودا وعدما مع تصرف الإدارة علي نحو معين تتخذه ذريعة للدفع بانعدام المصلحة والقول بغير ذلك فيه خلط بين تحديد آثار

الإلغاء وبين وجود المصلحة في طلب الإلغاء فإذا صح أن إلغاء القرار الإداري في هذه الحالة المعروضة لا يؤدي إلي إهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنـــه إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار إذ من المحتمـــل أن يـــؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلي فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا علي عـــدم الإبقـــاء علي تصرف يقوم علي قرار حكم بإلغائه، وعلي أنه مما يتعارض مع المنطـــق أن يلغي قرار إرساء المناقصة ثم يظل الإجراء المترتب عليه وعدم إبرام العقد قائمـــا علي أن لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة فبناء علي حكم الإلغاء يـــستطيع أن يحـــصل علي تعويض من جهة الإدارة- يضاف إلي ما تقدم أن القول بانعدام المصلحة فـــي طلب إلغاء قرار إرساء المناقصة ما دام الإلغاء لا ينتهي إلي إلغاء التعاقد الذي تـــم. هذا القول يؤدي إلي نتيجة شاذة وهي أن يستغلق باب الطعن في القرارات الإدارية التي تصدر في المرحلة الأولى من مراحل عملية المناقصة بدعوى انعدام المصلحة في إلغائها بعد إبرام العقد في حين أن هذه القرارات يجوز الطعن فيهـــا اســـتقلالا بالإضافة إلي ذلك فإن إبرام العقد ليست مرحلة من مراحل تنفيذ عمليـــة المناقـــصة فإذا طعن بالإلغاء في أحد القرارات الإدارية السابقة علي إبرام العقد، ومـــع ذلـــك إبرام العقد فإن ذلك لا يخرج عن أنه تنفيذ لقرار إداري مطعون فيه بالإلغـــاء كمـــا سبق البيان هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه لما كان طلب وقف التنفيذ لـــيس إلا عرضا للجانب رقم... من المنازعة الموضوعية بطلب بالإلغاء فإنه يترتب علي قبول طلب الإلغاء أن يكون طلب وقف التنفيذ بدوره مقبولا، وبغير اعتداد في هـــذا الشأن بقيام الإدارة بتنفيذ هذا القرار محل الطعن لأن التنفيذ هنا تصرف من جانـــب الإدارة مردود عليها والاستناد إليه في الدفع بانعدام المصلحة معناه أن فـــي مكنـــة الإدارة دائما أن تضع القضاء أمام الأمر الواقع وتعطل مهمته وهو ما يهدر الرقابة القضائية ذاتها".

يستفاد من الحكم السابق الآتي:

نلاحظ أننا استطلنا علي القارئ بسرد هذا الحكم بأكمله وهذا يرجع إلـــي احتواء هذا الحكم علي أهم نقاط البحث حول موضوع طلب وقـــف تنفيـــذ القـــرار

الإداري المنفصل عن العقد الذي يطعن عليه بالإلغاء، كما اشتمل هذا الحكم علـــي الحجج المنطقية التي تدعم مبدأ جواز تقديم طلب وقف التنفيذ المشار إليه ونعـــرض لأهم هذه الملاحظات والحجج التي استقيناها من الحكم ذي المبادئ ســـالف الـــذكر علي النحو التالي:

أولا: أن إبرام العقد لا يحول دون الطعن بالإلغاء علـــي القـــرار الإداري الصادر من جهة الإدارة بالمخالفة للقانون حيث أن الاهتمام الأول لقاضي الإلغـــاء هو بتر القرار المشوب بأحد عيوب عدم المشروعية أيا كانت النتائج المترتبة علـــي هذا الإلغاء.

ثانيا: توافر شروط المصلحة للطاعن في طلب الإلغاء حتى ولو لـــم يـــؤد إلغاء القرار الطعين إلي إهدار العلاقة التعاقدية التـــي نـــشأت عنـــه العقـــد محـــل الموضوع فقد يؤدي إلغاء القرار إلي فسخ العقد أو تـــصحيح القـــرار أو حـــصول الطاعن علي التعويض المناسب من جهة الإدارة.

ثالثا: إبرام العقد رغم وجود قرار إداري متعلق به مطعون فيه بالإلغاء لا يخرج عن كونه تنفيذ لقرار إداري مطعون عليه.

رابعا: يترتب علي قبول طلب الإلغاء أن يكون طلب وقف التنفيـــذ بـــدوره مقبولا، ولا يعتد في ذلك بقيام الإدارة بتنفيذ هذا القرار محل الطعن لأن التنفيذ هنا تصرف من جانب الإدارة مردود عليها.

خامسا: الدفع بانعدام المصلحة في الطعن بالإلغاء وفي طلب وقف التنفيـــذ لقيام الإدارة بتنفيذ القرار محل الطعن يمكن الإدارة من وضع القضاء أمـــام الأمـــر الواقع، ويترتب علي ذلك إهدار الرقابة القضائية علي أعمـــال الإدارة وينبغـــي أن يلاحظ أنه للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب من قاضي العقد وقف تنفيذ قرار أضر به، وينظر قاضي العقد في هذا الطلب علي أساس أنـــه بحكـــم اختـــصاصه بالجانـــب الموضوعي في العقود الإدارية يختص بطلب وقف التنفيذ استنادا إلـــي أن قاضـــي الأصل هو قاضي الفرع.

وقد حدث أن أصدرت المنطقة الطبية بمحافظة بورسعيد قرارا بفسخ عقـــد

إداري ومصادرة التأمين المدفوع من المتعاقد وشطب اسمه مـــن بـــين المتعهـــدين وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية. طعن في هذا القرار لدي مجلـــي الدولة، فلما وصل الأمر إلي المحكمة الإدارية العليا قالت أن "المنازعة فـــي شـــأن هذا القرار تدخل في منطقة العقد الإداري وتكون محلا للطعن علي أساس اســـتعداد ولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الإداري دون ولايـــة قـــضاء الإلغـــاء.. لأن اختصاص هذه المحكمة بالفصل في مثل هذه المنازعات اختصاص شامل لأصـــل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ويستوي في ذلك، ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة، وعلي مقتضي ذلك يفصل القضاء الإداري فـــي الوجـــه المستعجل من المنازعة الموضوعية المستندة إلي العقد الإداري لا علي اعتبار أنـــه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء بل علي اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض علي قاضي العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحمل التأخير. وتدعو إليها الضرورة لدلع خطر أو نتائج يتعذر تداركها وحمايـــة للحق إلى أن يفصل في موضوعه ، وبناء عليه يتعين نظر هذا الطلب المـــستعجل في الحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة بان تستظهر الأمـــور التـــي يخشى عليها فوات الوقت والنتائج التي يتعذر تداركها والـــضرر المحـــدق بـــالحق المطلوب المحافظ عليه ، وكذلك استظهار جديتها أو عـــدم جـــديتها دون مـــساس بالناحية الموضوعية للنزاع[1] .

وجدير بالذكر أن المحكمة الإدارية العليا أجازت في حكم هام الحكم بوقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ التعاقد[2] .

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقمن ٧٧٩٨ لسنة ٤٥ق جلـــسة ٢٠٠٢/٦/٤ .

(٢) حكم الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٢٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٩٧/٧/٢٢.

الفصل الثاني

ولاية القضاء الكامل تجاه منازعات

العقود الإدارية

استخلص الفقه المصري من الاختصاص المشترك بين القضاء العادي والقضاء الإداري الذي أقره القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ في شأن العقود الإدارية انتماء المنازعات المتعلقة بهذه العقود إلي القضاء الكامل. وذلك لأن القضاء العادي منذ إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٠ والمحاكم الوطنية سنة ١٨٨٣ محروم من إلغاء القرارات الإدارية أو تأويلها أو وقف تنفيذها. [١]

أما في فرنسا فقد استند الفقه إلي التنظيم القديم لمجلس الدولة قبل مرسوم ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ والذي جعل مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية حيث خصته المادة التاسعة من قانون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ بالفصل في طلبات الإلغاء المقدمة ضد قرارات مختلف السلطات بينما أناط المشرع بمجالس المديريات الاختصاص بمنازعات معظم العقود الإدارية.. وقد استخلص الفقه من هذا التقسيم انتماء منازعات العقود الإدارية إلي دعاوي القضاء الكامل طالما أنه لا يختص بها مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في دعاوي الإلغاء[٢] وقد فقدت هذه الحجة مدلولاها بعد أن أصبحت المحاكم الإدارية بمرسوم ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٣ صاحبة الولاية العامة بكافة المنازعات الإدارية إلغاء أمر تعويض وأصبح مجلس الدولة صاحب اختصاص محدد في القانون علي سبيل الحصر بعد صدور مرسوم ٦٣، ٧٦٨ الصادرين في ٢ يوليو ١٩٦٣، ١٣ يونيه ١٩٦٦[٣].

ومن المسلم به أن القضاء الكامل عبارة عن خصومة تقع بين طرفين

---

(١) د./ ثروت بدوي- مبادئ القانون الإداري ١٩٦٦- ص ٧٥ جـ١.

(٢) يراجع د./ عبد الحميد حشيش: المرجع السابق ص ٥٠٦، كذلك لوبادير – العقود ص ٣، ص ٢٩٦.

(٣) يراجع تفصيلا في ذلك د./ عبد الحميد حشيش: المرجع السابق ٥٠٦ وما بعدها.
Laubadere (A) traite theorique et pratique des contrast administrative. ١٩٥٦, T. ٣ p. ٣٠٩.

يدعي أحدهما بوجود له قبل الطرف الآخر، أما الطعن بالإلغاء فهو دعوى عينية توجه ضد القرار نفسه وليس ضد مصدره[١]

ويلاحظ أن العقود هي أعمال تولد مراكز ذاتية أي تنطوي علي رابطة قانونية لها طرفان أو أكثر ولذلك فإن المنازعة فيها تقوم بين أطراف العقد ولا تعد موجهة إلي العقد ذاته كما هو شأن المنازعات في دعوى الإلغاء كما أن سلطة القاضي يتمتع في منازعات العقود بسلطات واسعة فهو قد يقوم بتعيين خبير أو فسخ العقد أو الحكم بتعويض أو إبطال بعض التصرفات أو تعديل بعض الأعمال لذلك فإن منازعات العقود تدخل في رحاب دعاوي القضاء الكامل نظرا للطبيعة الذاتية لهذه المنازعات. [٢]

وقد تواترت أحكام القضاء الإداري في مصر علي تقرير هذا المبدأ نذكر منها: فقد قضت محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد أنه إذا كان "القرار صدر تنفيذا للعقد واستنادا إلي نصوصه، فهو كما سبق البيان من القرارات التي لا تدخل المنازعة في شأنه في نطاق قضاء الإلغاء، بل في نطاق القضاء الكامل ومن ثم كان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد في غير محله"[٣]

وقد اتبعت المحكمة الإدارية العليا المبدأ السابق مرددة نفس العبارات الواردة في أحكام محكمة القضاء الإداري. [٤] وبناء علي ما تقدم فسوف نتناول

---

(١) راجع في ذلك للفقيه/ هربو- مؤلفه في القانون الإداري ص ٢٩٤ وما بعدها، د./ محسن خليل القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة- دراسة مقارنة- الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ ص ٤٠١.

(٢) هيلر ونز- مقاله R.E cours. Pour. Exces de pouvoir et recours de pléin contentieux ص ٣٥، د./ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية. الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٥، ص ١٧١ وما بعدها.

(٣) محكمة القضاء الإداري ١٩٥٦/١٢/٢٣ قضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ق مجموعة المجلس السنة ١١ ص ١٠٤ وما بعدها نفس المعني حكمها الصادر في ١٩٥٦/١١/١٨ قضية رقم ١٨٠ لسنة ١٠ق، مجموعة المجلس السنة ١١ ص ٢٣ وما بعدها.

(٤) المحكمة الإدارية العليا ١٩٦٣/١٢/٢٨ قضية رقم ١١٠٩ لسنة ٨ق مجموعة الإدارة العليا

ولاية القضاء الكامل تجاه منازعات العقود الإدارية في النقاط الآتية:

المبحث الأول: نطاق اختصاص القضاء الكامل بمنازعات العقود الإدارية.

المبحث الثاني: صور منازعات العقود الإدارية التي تثار أمام ولاية القضاء الكامل.

المبحث الأول

نطاق اختصاص القضاء الكامل

بمنازعات العقود الإدارية

بعد أن يكتمل العقد الإداري تصبح القرارات الإدارية الصادرة تنفيذا البنود سواء كانت تتعلق بالإجراءات أو تدابير ليس لها صفة القرار، وتفقد طبيعتها وذاتيتها القانونية وتندمج في العملية العقدية وتعامل معاملة الحقوق والالتزامات المترتبة علي العقد سواء استهدفت تنفيذه أو وقفه أو انقضائه وتدخل بالتالي في اختصاص مطلق وشامل لا أصل تلك المنازعة، وما يتفرع عنها في كل ما يتخذ بشأنها.

ومن البديهي أن الذين لهم حق التمسك بهذه الدعوى (دعوى القضاء الكامل) التي هي أساس العقد: هم المتعاقدون (أطراف العقد بعد إبرامه) والخلاف الذي ينشأ بينهم عادة ما يكون بسبب الوفاء أو الإخلال بالشروط التعاقدية أي ما يتعلق بتنفيذ العقد كالمطالبة بالأثمان والأجور المتفق عليها في العقد، والمطالبة بالتعويضات نتيجة الإخلال بالمواد والمواصفات.

وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها أنه "متى

سنة ٩ ص ٣٢٤ وما بعدها "إذا كان الظاهر من الأوراق أن القرار مثار النزاع قد صدر.. استنادا إلي المادة ٢٧ من الاشتراطات العامة الخاصة بالمناقصة والتوريدات الملحقة بالعقد المبرم بين المنطقة والمدعي ومن ثم فإن المنازعة في شأن هذا القرار تدخل في منطقة العقد الإداري فهي منازعة حقوقية وتكون محلا للطعن علي أساس استعداد ولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الإداري دون ولاية الإلغاء.

توافرت في المنازعة الإدارية حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد، أو صحته أو تنفيذه أم انقضائه فإنها كلها تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء إلا أن هذا المبدأ يحد من إطلاقه قيدان:

أولهما: يتعلق باقتصار آثار العقود علي عاقديها.

فغير المتعاقد لا يجوز له أن يطعن بالإلغاء لأنه أجنبي ليس للعقد في مواجهته أية قوة إلزام.

القيد الثاني: يتعلق بالقرارات المستقلة عن العقد إذ يجب التفريق بين العقد ذاته أو بمعني أدق الربط التعاقدي، وبين القرارات الإدارية التي تم بناء عليها انعقاده أو التي ترافق انعقاده إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن عليها بالإلغاء استقلالا في المواعيد والشروط العامة المقررة بالنسبة إلي الطعن بالإلغاء مثل ذلك: القرارات التي تصدر من جانب الإدارة وحدها بمقتضي سلطتها العامة في المرحلة التمهيدية من العملية التعاقدية حتى إبرام العقد.

أما ما يصدر من القرارات تنفيذا للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ منه فهي منازعات حقوقية وتكون محلا للطعن علي أساس ولاية القضاء الكامل[1]

كما أبرزت المحكمة الإدارية العليا هذه المبادئ وفصلتها في حكم جامع أصدرته في ١٤ من إبريل ١٩٧٩ حيث قضت "ومن حيث أنه ينبغي في ضوء هذا التنظيم لعملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية الفرع الأول هي القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للمتعاقد وقت إبرام العقد وهذه تسمي القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للمتعاقد وقت إبرام العقد، وهذه تسمي بالقرارات المنفصلة المستقلة من هذا القبيل القرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين والقرار

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٨ من نوفمبر سنة ١٩٥٦ المجموعة السنة ١١ ق بند ١٨ ص ٢٣.

الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها علي شخص معين فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي وتنطبق عليهـا جميعهـا الأحكـام الخاصة بالقرارات النهائية والنوع الثاني ينتظم فيه القرارات التي تـصدرها جهـة الإدارة تنفيذا لعقد من العقود الإدارية، واستنادا إلي نص من نـصوص، كـالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو إلغـاء العقد، والقرارات يختص القضاء الإداري بنظر القرارات الإدارية النهائيـة علـي أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عـن العقـود الإدارية بالتطبيق للبند الحادي عشر من المادة العاشرة من القانون رقـم ٤٧ لـسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

وتمتد ولاية القضاء الكامل إلي كافة الإجراءات التي تتخذها الإدارة تنفيـذا للعقد في ذلك حتى ولو اتخذت صورة القرار الإداري طالما اسـتندت الإدارة فـي ذلك إلي نصوص العقد مثال ذلك: قرار بسحب العمل مـن المقـاول أو مـصادرة التأمين أو إلغاء العقد ذاته إلا أن القـضاء الإداري المـصري رفـض الاعتـراف بالذاتية الخاصة للقرارات الإدارية التي تصدر تنفيذا للعقد الإداري وبالاستناد إلـي نصوصه. مذكر تطبيقا لذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٥/١/٢٦ والذي قالت فيه "ومن حيث أن طلب الإلغاء، وبالتالي طلب وقف التنفيذ لا يـردان إلي القرار الإداري الذي تصدره جهة الإدارة مفصحة عن إرادتها الملزمة اسـتنادا إلي السلطة التي خولتها إياها القوانين واللوائح، أما إذا كان الإجراء صـادرا عـن جهة الإدارة استنادا إلي السلطة التي خولتها إياها نصوص العقد الإداري، وتنفيـذا له فإن هذا الإجراء لا يعد قرارا إداريا وبالتالي لا يرد عليه كطلب الإلغاء أو طلب قف التنفيذ، وإنما يعد من قبيل المنازعات الحقوقية التي تعرض علي قاضي العقـد وتكون محلا للطعن باستعداء ولاية القضاء الكامل. [1]

---

(١) راجع في ذلك مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا فـي ١٥ سـنة (١٩٦٥- ١٩٨٠) الجزء الأول صـ ٦٦٦- جلسة ١٩٧٩/٤/٢٤ بنـد رقـم ١٠١ صـ ١٧٨- إلي صـ ١٨٠.

ويستفاد من هذا الحكم السابق أن دعوى القضاء الكامل بالنسبة للطعن علي القرار الإداري المتعلق بتنفيذ العقد الإداري مشروط بشرطين:

أولا: أن تصدر هذه القرارات تنفيذا للعقد الإداري أي تكون في مواجهة المتعاقد مع الإدارة ويعتبر القرار تنفيذا للعقد الإداري إذا كان صادرا استنادا إلي بنود العقد أو تنفيذا له[1].

وبناء علي ذلك تستبعد القرارات التي تصدر قبل إبرام العقد وفي المرحلة التمهيدية منه كالقرار باستبعاد أحد المتناقصين أو إرساء المناقصة فهذه القرارات لا تعتبر تنفيذا للعقد لأن العقد لم يبرم بعد ولا تخرج منه هذه الطائفة القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذا للعقد في مواجهة الغير مثل قرار تحديد شروط استخدام المرفق فطبقا لقاعدة نسبية أثار العقود فهي لا تمتد إلي رقابة القضاء الكامل.

ثانيا": أن تستند الإدارة في هذه القرارات إلي بنود العقد وقد أكدت محكمة القضاء الإداري هذا المبدأ في حكمها الصادر في ٢٧ من يناير سنة ١٩٥٧ حيث أشارت "فإذا كان الإلغاء (إلغاء العقد) مستندا إلي نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قرارا إداريا ويطعن فيه أما محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء، ويدخل في نطاقها ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان طلب إلغاء العقد مستندا إلي نصوص العقد نفسه وتنفيذ له فإن المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الإداري علي أساس استعداد الولاية الكاملة لهذا القضاء. [2]

وتطبيقا لما سبق فإن قاضي العقد يختص بالمنازعات التي تثار بصدد الجزاءات التي توقعها الإدارة استنادا إلي سلطتها المستمدة من نصوص العقد ودفاتر الشروط فإذا تنازع أحد مع الإدارة حول المقاولة تحت إشرافها مباشرة المنصوص عليها في عقد الأشغال فإن وسيلته في ذلك هي دعوى العقد أمام

---

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/١٢/٢٩ قضية ٨٦٧ لسنة ١١ ق مجموعة السنتين ١٢، ١٣ ق صـ ٣٦.

(٢) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في القضية رقم ١٦٧ لسنة ١١ق.

القضاء الكامل. أما إذا كانت سلطته الإدارة في توقيع الجزاء قائمة بذاتها ولم تـــشر النصوص التي قي العقد أو تستمدها الإدارة من القوانين واللـــوائح فـــإن قـــرارات الإدارة في هذه الحالة لا تعد من قبيل المنازعة الحقوقية، ويختص قاضي الإلغـــاء بنظر المنازعات التي تثار بشأنها(١).

ويلاحظ أنه يوجد فرق بين نوعين من الإجراءات التي تصدر مـــن قبـــل جهة الإدارة بصدد العقد الإداري.

نوع أول من الإجراءات تصدر من الإدارة استنادا إلـــي نـــصوص العقـــد وبهدف أعمال بنوده وهذا النوع من الإجراءات يعد من أحد أطراف العقد، وفـــي مواجهة الطرف الآخر.

وهناك نوع ثان من الإجراءات التي تباشرها الإدارة استنادا إلي ســـلطاتها المستمدة مباشرة من القوانين واللوائح فإنها تصدر من الإدارة بصفتها الأمينة علـــي حسن سير المرافق العامة، وهذه القرارات لا علاقة لها بالعقـــد ولا تـــصدر مـــن الإدارة باعتبارها الطرف الآخر المتعاقد وإنمـــا تـــصدرها بنـــاء علـــي ســـلطتها اللائحية.(٢)

وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي أساس التفرقة السابقة في حكمه الـــصادر في ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٧ حيث فرق المفوض (تارديو) بين حالتين:

حالة صدور القرارات الإدارية استنادا إلي الشروط الواردة وحينئذ يتعـــين علي الشركات المتعاقدة والطرف الآخر في الدعوى اللجوء إلي القضاء الكامل أمام قاضي العقد المختص.

أما إذا صدرت القرارات المطعون فيها استنادا إلي القوانين واللوائح فـــإن

(١) راجع للاستاذ الدكتور/ أحمد عثمان عياد- مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية صـــ ٢٤٠.

(٢) راجع في ذلك طبيعة اختصاص القضاء الإداري لمنازعات العقود الإدارية للدكتور/ عمـــر حلمي سنة ١٩٩٣.

وسيلة المنازعة فيها هي قضاء الإلغاء وبغض النظر عن العقد وأحكامه[1]

وبناء علي كل مما تقدم يمكننا القول بأن طعون المتعاقدين تنطوي معظمها تحت ولاية القضاء الكامل باعتبارها منازعات حقوقية تثار بين أطراف العقد، وتستند إلي نصوصه سواء صدرت في صورة طعن في قرارات إدارية أو أي إجراءات أخرى ليست بها صيغة القرار، ولا تعتبر امتداد ولاية قاضي الإلغاء إلي القرارات التي تصدرها الإدارة استنادا إلي سلطتها اللائحية استثناء من هذا المبدأ لأن ولاية قاضي العقد تقتصر علي منازعات أطراف العقد، بينما تصدر الإدارة القرارات المستمدة من نصوص القانون مباشرة استنادا إلي سلطتها الضبط الإداري أي باعتبارها سلطة أجنبية عن العقد، وإذا كان الأساس الذي اعتمد عليه القضاء الإداري في استبعاد ولاية قاضي الإلغاء بالنسبة لطعون المتعاقد مع الإدارة ولو كان جوهر الطعن هو سلامة القرارات الإدارية هي نظرية الأعمال الإدارية المركبة، والتي جوهرها هو معاملة المراحل التي تمر بها العمليات القانونية المركبة ككل لا يتجزأ، فهناك بعض الأعمال الإدارية تتكون من عدة مراحل مرتبطة وعند اكتمالها يكتمل العمل الإداري النهائي مثل نزع الملكية للمنفعة العامة. فهذه العملية تمر بمجموعة من الإجراءات تبدأ من تقرير المنفعة العامة أولا ثم حصر الممتلكات، وإعداد الكشوف والتنبيه بالإخلاء ثم نقل الملكية. وهناك مثال آخر علي العمليات القانونية المركبة وهي عملية الانتخابات فهي تمر بإجراءات إعداد جدول الناخبين وقيده وعرض الجداول والمنازعة فيها وتعديلها وتنتهي بالتصويت والفرز وإعلان النتائج[2].

والعقد الإداري كما بيننا فيما سبق في مقدمة هذه الرسالة ما هو إلا عملية مركبة حيث تمر عملية التعاقد مع الإدارية بمجموعة من الإجراءات والمراحل القانونية وتنتهي بالتصديق علي إبرام العقد، وقد تتخلل هذه الإجراءات العديد من

---

(١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٣ .٣P ,١٩٠٧ .٥ راجع في تفصيل هذا الحكم د/ عمر حلمي- المرجع السابق صـ ٦٨.

(٢) راجع في ذلك أ. د/ مصطفي أبو زيد فهي صـ ٣٠٧- مجلس الدولة.

القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة وتستهدف اختيار المتعاقد معها، واستبعاد بعض الذين لا يتوافر فيهم شروط التعاقد أو تحقيق آثار العقد.

وجري القضاء الإداري في أحكامه علي عدم جواز الطعن في المراحل التي تمر بها العملية الإدارية استقلالا، واستند القضاء الإداري إلي هذه النظرية في عدم قبول طعون الإلغاء التي توجه إلي القرارات الإدارية التي تسهم في تكوين العقد استقلالا عن عملية التعاقد ذاتها، وجري علي النظر إلي هذه القرارات باعتبارها إحدي الخطوات التي تسهم في تكوين عملية قانونية متكاملة هي العقد الإداري فهذه العملية هي التي تكون محلا للطعن القضائي وفقا لطبيعتها وخصائصها القانونية بالإضافة إلي أن عملية التعاقد بما تحتويه من قرارات وإجراءات تندرج تحت مسمي قانوني واحد هو العقد الإداري وأن الطعن في هذه العملية أو إحدي إجراءاتها يخرج بطبيعته عن ولاية قاضي الإلغاء وفقا للشروط العامة لقبول هذه الدعوى حيث يفترض المشرع أن يكون العمل المطعون فيه قرارا إداريا بخصائصه المعروفة والتي تختلف جذريا عن خصائص العقد، ويتفق هذا القول مع المنهاج التركيبي La Methode- Synthetique الذي جوهره أن كافة المنازعات التي تنتمي لعملية قانونية واحدة تخضع لاختصاص قاض واحد أي كانت صفات الأعمال مثار النزاع.

في فرنسا:

فقد استند الفقه الفرنسي إلي التنظيم القديم لمجلس الدولة قبل صدور مرسوم ٣٠ من سبتمبر سنة ١٩٥٣ الذي جعل الدولة صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية حيث نصته المادة التاسعة من قانون ٢٤ من مايو سنة ١٨٧٢ بالفصل في طلبات الإلغاء المقدمة ضد قرارات مختلف السلطات بينما أناط المشرع بمجالس المديريات الاختصاص بمنازعات معظم العقود الإدارية.

واستخلص الفقه من هذا التقسيم انتماء منازعات العقود الإدارية إلي دعاوي القضاء الكامل طالما أنه لا يختص بها مجلس الدولة صاحب الولاية العامة

في دعاوي الإلغاء.[1]

إلا أن هذا القول فقد مدلوله بعد التطـورات التـشريعية المتعاقبـة علـي اختصاص المحاكم الإدارية التي حلت محل مجالس المديريات فلم يعد المجلس من ناحية صاحب الولاية العامة في دعاوي الإلغاء، وإنما أصبحت المحـاكم الإداريـة بصدورها مرسوم ٣ من سبتمبر سـنة ١٩٥٣ صـاحب الولايـة العامـة بكافـة المنازعات الإدارية إلغاء أو تعويضا، وأصبح مجلس الدولة بعد صدور مرسـومي ٦٣، ٧٦٨ الصادرين في ٣ من يوليو سنة ١٩٦٣، ١٣ مـن يونيـه سـنة ١٩٦٦ صاح اختصاص محدد في القانون علي سبيل الحصر، ومن ناحية أخـرى عقـدت المادة ١٣ من مرسوم ١١ من يونيه سـنة الاختـصاص لمجلـس الدولـة بنظـر منازعات عقود التوريد التي تبرمها الدولة[2]

وينتقد الفقه في فرنسا التقسيم التقليدي للدعاوي (إلغاء وتعويض) لظهـور تقسيمات أخرى حديثة لعل أهمها التقسيم الذي يرجع إلي نوعين هامين من القضاء هما:

قضاء المشروعية وقضاء الحقوق:

تندرج المنازعة في نطاق القضاء العيني إذا كان ما ينعاه المـدعي علـي الإدارة أنها خالفت القانون ويشمل القضاء العيني بهذه الـصورة ممـا يلـي مـن المنازعات:

- منازعات إلغاء القرارات الإدارية.
- دعاوي فحص أو تقدير المشروعية.
- معظم دعاوي التأديب.

---

(١) راجع في تفصيل ذلك للدكتور/ عبد الحميد حشيش- القرارات القابلة للانفصال عـن العقـد الإداري. مجلة مصر المعاصرة صـ ٥٠٦ وكذلك للفقيه لوبادير- العقود الإدارية صـ ٣ صـ ٢٩.

(٢) Laubader (a) traite the orique et pratique des contrats administratif. ١٩٥٦. p ٧٣. P. ٣٠٩.

- الطعون المتعلقة بالانتخابات.
- الدعاوي الضريبية.

وتكون المنازعة من قبيل قضاء الحقوق إذا كان المدعي يتمسك بحقوق شخصية يستمدها من مركز قانونية شخصي وتشمل المنازعات الآتية:

- المنازعات المتعلقة بالعقود وما يتشابه مع العقود.
- قضاء التعويض عن أعمال الإدارة.

المبحث الثاني

صور منازعات العقود الإدارية أمام القضاء الكامل

بينا سلفا أنه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت تتعلق بانعقاد العقد أو بصحته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء. (١)

وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في إحدي أحكامها بأنه "والنوع الثاني تنتظم فيه القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا لعقد من العقود الإدارية واستنادا إلي نص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو بإلغاء العقد ذاته، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثار بشأنها لا علي أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية النهائية وإنما علي أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية العامة الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالتطبيق للبند الحادي عشر من المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة والذي يقضي باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقد الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر، وغني عن البيان أن

---

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥٦- السنة ١١ ق رقم ١٨.

اختصاص القضاء الإداري بالنسبة إلي هذا النوع الثاني من القرارات هو اختصاص مطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنها، إذ ليست هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل في شيء من هذه المنازعات أو هذا التنظيم القضائي يجعل القضاء الإداري مختصا بالفصل في الطلبات المستعجلة التي تنطوي علي نتائج يتعذر تداركها أو طلبها يخشي عليها من فوات الوقت أو اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير أو إجراءات وقتية وتحفظية حماية للحق إلي أن يفصل في موضوعه والقضاء الإداري إذ يفصل في هذه الطلبات سواء كانت مطروحة عليه بصفة أصلية أم باعتبارها فرعا من المنازعة الأصلية المعروضة عليه وذلك علي اعتبار أن القضاء الإداري هو وحده دون غير قاضي العقد[1] يستفاد مما تقدم أن اختصاص القضاء الكامل بمنازعات العقود الإدارية اختصاصا شاملا يتعلق بأصل المنازعة سواء تعلقت بانعقاد العقد أو بصحته أو بتنفيذه أو بانقضائه كما يشمل أيضا ما يتفرع عنها من طلبات مستعجلة تستهدف حماية الحق إلي أن يفصل في موضوعه.

ولما كانت صور الدعاوي الإدارية التي يثيرها أطراف العقد تتعدد وتتخذ أشكالا وصورا شتى تختلف موضوعها فإننا سنقتصر بحثنا علي أهم هذه الصور:

أولا: دعاوي إبطال العقد الإداري Action en nullite

يتسع مجال البطلان المطلق في العقود الإدارية عنها في العقود المدنية، ويرجع ذلك إلي تعلق معظم القواعد التي تنظم العملية التعاقدية بالصالح العام، وإن كانت بعض القواعد قد وضعت لتحقيق صالح الإدارة ومن ثم لا يترتب علي مخالفتها البطلان المطلق[2] وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والقضاء

---

(1) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٧/٤/١٤- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها هذه المحكمة في ١٥ سنة ١٩٦٥- ١٩٨٠ الجزء الأول ٦٦٦- ٢٤ (١٩٧٩/٤/١٤) ١٠٠/٢٤ بند ١٠١ ص ١٧٨ كما أكدت هذه المحكمة ذات المبدأ في حكمها الصادر في ١٩٨٥/١/٢٦.

(٢) راجع في ذلك د./ زكي محمد محمد النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية- رسالة من جامعة عين شمس ١٩٨١ ص ٤٦ وما بعدها.

الإداري المصري علي أنه لا سبيل للمتعاقد للطعن في دعاوي إبطال العقد الإداري إلا سوى الالتجاء إلي القضاء الكامل.

قسم الفقه أوجه البطلان التي تشوب العقد الإداري إلي ثلاث أقسام:

أ- أوجه بطلان ترجع إلي تكوين العقد/ وهي الأسباب التي ترجع إلي تخلف أحد أركان العقد الرئيسية: الرضا والمحل والسبب.

ب- أوجه بطلان ترجع إلي صحة العقد وهو ما يرجع إلي أشابه ركن الرضا بأحد العيوب المعروفة في القانون الخاص كالغلط والتدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

ت-أوجه بطلان ترجع إلي عنصر الشكل متى استلزم القانون إفراغ العقد الإداري في شكل معين.

ثانيا: دعاوي العقود الإدارية المتعلقة بإبطال الجزاءات الإدارية:

يختص قاضي العقد بنظر المنازعات التي يثيرها سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات علي المتعاقد سواء استندت في ذلك إلي بنود العقد أو إلي ما تقتضيه الغاية من إبرام العقود الإدارية من حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.

وبداية تشير إلي أمد الجزاءات الإدارية لها صفتان:

١- أن جهة الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية دون أن تتقيد في ذلك بما نص عليه في العقد.

٢- يحيط بحق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية علي المتعاقد معها عدة ضمانات تستهدف الحيلولة دون التعسف في تطبيقها بحيث توظف هذه السلطة الواسعة لخدمة أغراض المرافق العامة ومن أهم هذه الضمانات ضرورة إنذار المتعاقد المقصر بتوقيع هذه الجزاءات وكذلك رقابة القضاء للإدارة عند توقيعها هذه الجزاءات.

متى يختص قاضي العقد بمنازعات الجزاءات الإدارية:

يختص قاضي العقد بالمنازعات المتعلقة بالجزاءات الإدارية في الحالات الآتية:

١- إذا استندت الإدارة في توقيع الجزاء إلي بنود العقد مباشرة. وقد ذهبت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في صدد التمييز بين القرارات التي تصدرها الإدارة بمناسبة العقود الإدارية، واعتبرت اختصاص قاضي الإلغاء بنظر المنازعات التي تصدرها الإدارة في المراحل التمهيدية، والنوع الثاني ينظم القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذا لعقد من العقود الإدارية واستنادا إلي نص من نصوصه مثال ذلك القرار الصادر بسحب العمل مما تعاقد معها، والقرار الصادر بمصادرة التأمين وهذه القرارات لا تعتبر قرارات إدارية وتختص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثار بشأنها لأعلي أساس اختصاصها بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، وإنما علي أساس اعتبارها المحكمة ذات الولاية في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالتطبيق للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة.

وبناء علي ما تقدم لا يكون القرار الصادر بسحب العمل من الشركة قرارا إداريا، وإنما هو مجرد إجراء اتخذته مصلحة الطرق استنادا إلي نص من نصوص العقد المبرم بينها، وبين الشركة[1] ويلحق بالحالة السابقة إذا استندت الإدارة في توقيع الجزاء إلي نصوص القوانين واللوائح ودفاتر الشروط الملحقة متى أحالت إليها بنود العقد صراحة حيث تعتبر النصوص السابقة جزء مكملا للعقد فيما سكت عنه.

وقد قررت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع هذا المبدأ بمفهوم المخالفة

(١) فتوى الجمعية العمومية رقم ٣٩٩ بتاريخ ١٩٦٠/٥/١٦ جلسة ١٩٦٠/٥/٤، ٦٤/١٥/٤، ١٨٨ ص ٢٤٠- مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاما في الفترة من ١٩٥٥/١٠/١ إلي آخر سبتمبر سنة ١٩٧٠.

في فتواها الصادرة بتاريخ ١٩٦٧/٤/١٥ بالقول بأن "لا تعتبر لائحة المناقصات والمزايدات مكملة للعقد بحيث يمكن تطبيق الجزاءات المبينة بها ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزء مكملا له[1].

٢- حالة استناد الإدارة إلي القرارات التنظيمية العامة واللوائح، والقرارات المستقلة علي الرغم من عدم الإحالة عليها أو الإشارة إليها في بنود العقد. اعتبرت المحكمة الإدارية العليا هذه القرارات مكملة للعقد ويمكن الاستناد إليها بشرط ألا تسبق أحكامه صراحة، وقررت المحكمة في حكمها الصادر في ١٩٦٨/١/٦ "أن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها أنما تخاطب الكافة وعلمهم بمحتواها مفروض فإن أقبلوا حال قيامها علي التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندمج في شروط عقودهم وتعتبر جزء لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة علي استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام[2]

كما طبقت ذات المحكمة المبدأ سالف الذكر في حكمها الصادر في ٣ إبريل سنة ١٩٧١ حيث قررت أن القواعد التي فرضها مجلس الوزراء في ١٩٥٥/٧/١٨ للاتحاد ببعض المعاهد التي تلتزم الحكومة بتعيين خريجيها حتى لا يعاد الكشف الطبي عليها عند التعيين تعتبر بمثابة لائحة عامة تنظيمية متعلقة بحسن سير المرفق العام فإنه لا مناص من اتباعها دون حاجة للنص عليها صراحة في العقد الإداري. [3]

ومن أحكام محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد الحكم الصادر في ٢٨

---

(١) راجع في ذلك فتوى رقم ٤١٧ بمبدأ ١٨ بتاريخ ١٩٦٧/٤/١٥ جلسة ١٩٦٧/٤/٥- ٢١- ٨٨- ١٦٩- ص ١١٠ مجموعة الأحكام السابق الإشارة إليها.

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٥٨ ب ١٠ (١٩٦٨/١/٦، ٣٦٩/٥٠/١٣) المجموعة السابقة ص ١١٠.

(٣) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧١/٤/٣- المجموعة ١ لسنة ١٦ ق صـ ٢١٣.

من ديسمبر سنة ١٩٦٣ الذي جاء فيه "أن الإدارة لا تستند إلي العقد الإداري عندما توقع الجزاءات الإدارية ولكنها تستند إلي سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية، وأهدافها وقيامها علي فمرة حسن استمرار المرافق العامة[١].

وقد حاول جانب من الفقه الفرنسي أن يجري تفرقة بين حق الجزاء المؤسس علي النصوص التشريعية واللائحية، وبين الحق الذي تستمده الإدارة من العقد ذاته، ففي الحالة الأولى يكون قاضي الإلغاء هو المختص بشرط أن يقصر المتعاقد طلباته علي إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة وفي حالة التعويض يلجأ إلي قاضي العقد.

أيد مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه في أحكامه المتعلقة بسلطة الإدارة في الإنهاء الفردي للعقد لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من جانب المتعاقد حيث أجاز للمتعاقد اللجوء إلي قاضي الإلغاء متى استندت الإدارة في إنهاء العقد إلي النصوص التنظيمية من ذلك حكمه الصادر في ١٩٥٨/٥/٢ وفيه قبل المجلس دعوى الإلغاء المقامة من المتعاقد ضد قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد، والذي اتخذ شكل مرسوم لائحي صادر من الإدارة بإنهاء طائفة من العقود لدواعي المصلحة العامة[٢].

خلاصة ما تقدم:

يستفاد مما سبق عرضه أن كافة المنازعات المتعلقة بالجزاءات المتعلقة بالعقد الإداري يختص بها قاضي العقد (القضاء الكامل) وكما يختص قاضي العقد بالفصل في طلب التعويض عن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بالفصل في طلب

---

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري- المجموعة التي أصدرها المكتب الفني بمجلس الدولة ١ لسنة ٩ق رقم ٢٩ صـ ٣٢٤.

(٢) Georgel (٣) theorie General.des Contrats Administraifs. J. C. P. Ease- ١٩٥٨ -٥١٠.

التعويض عن حجز الملتزم لبعض العربات التي قضت هيئة التحكيم بأنها ملك للبلدية بقولها " ومن حيث إن اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود كما أوردتها المادة العاشرة.. وهو اختصاص مطلق شامل لأصل تلك المنازعات وبجميع ما يتفرع عنها.. ومن حيث إن دعوى البلدية تقوم على المطالبة بتعويض عما لحقها من خسارة بسبب عدم انتفاعها بالسيارات المحكوم بملكيتها لها بناء علي التزام النقل بالسيارات وبقائها تحت يد الشركة المدعي عليها بسوء نية تنتفع هي بها، ولم تقم بتسليمها تنفيذا للحكم الصادر عن هيئة التحكيم بأيلولة ملكية هذه السيارات للحكومة وتسليمها لها تنفيذ لشروط عقد الالتزام.

ومن حيث أن المنازعة علي هذا الوجه إنما تستند إلي عقد الالتزام الذي يوجب تسليم السيارات عقب انتهاء مدى الالتزام وهي مرحلة من مراحل تصفية العلاقات والحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ومرتبطة به ارتباطا وثيقا.

ثالثا: دعاوي الطلبات المستعجلة التي تتفرع عن المنازعة الأصلية المتعلقة بالعقد الإداري:

ذكرنا فيما سبق أن قضاء العقود الإدارية ينتمي إلي القضاء الكامل، ومن ثم فللمحكمة أن تنظر ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلي هذه المنازعات سواء تعلقت بمباشرة العقد في تكوينه أو تنفيذه أو إنهائها طالما لم يسقط الحق بمضي المدة، وللمحكمة الاختصاص الشامل بجميع ما يتفرع عن المنازعة الأصلية من أمور مستعجلة. [1]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري باختصاصها بالنظر في جميع الطلبات المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية، وقد بررت اختصاصها علي النحو التالي "ومن حيث إن المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠، وقد جعلت اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٢٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤.

اختصاصا مطلقا شاملا لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها أصبحت هي وحدها قاضي العقد، ولم تعد هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل في شيء من هـذه المنازعات علي الوجه السابق بيانه فإن هذا التنظيم القـضائي يجعـل اختـصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في الطلبات المستعجلة متفرعا مـن اختـصاصها بنظر الموضوع الأصلي وما دامت مختصة بنظر الأصل فهـي مختـصة بنظـر الفرع أي في الطلب المستعجل دون أن يحتج أمامها بأن الفصل فيه يمـس أصـل الحق أو موضوع النزاع.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في فكرة القضاء المستعجلة في مجـال منازعات العقود الإدارية التي تدخل تحت ولاية القضاء الكامل الحكم الصادر فـي ١٩٧٧/٤/١٤ حيث جاء فيه "غني عـن البيـان أن اختـصاص القـضاء الإداري بالنسبة لهذا النوع الثاني من القرارات (القرارات التي تصدر تنفيـذ للعقـد الإداري واستنادا إلي نصوصه" هو اختصاص مطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنهـا إذ ليست هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل في هذه المنازعات، وهذا التنظـيم القضائي يجعل القضاء الإداري مختصا بالفصل فـي الطلبـات المـستعجلة التـي تنطوي علي نتائج يتعذر تداركها أو طلبات يخشي عليها فـوات الوقـت أو اتخـاذ تدابير لا تحتمل التأخير أو إجراءات وقتية أو تحفظية حماية للحق إلي أن يفـصل في موضوعه، والقضاء الإداري يفصل في هذه الطلبات إنما يفـصل فيهـا سـواء كانت مطروحة عليه بصفة أصلية أو باعتبارها فرعـا مـن المنازعـة الأصـلية المعروضة عليه وذلك علي اعتبار أن القضاء الإداري هو وحده دون غيره قاضي العقد[1].

ويستفاد من الحكم السابق ما يلي:

إنه ميز بين القرارات الإدارية المنفصلة التـي تـصدر فـي المراحـل التمهيدية للعقد، وأجاز الطعن فيها بالإلغاء علي استقلال، وبين غيرها من القرارات

---

(١) راجع في ذلك مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإداريـة العليـا ١٥ سـنة ١٩٦٥- ١٩٨٠- جـ١- ٦٦٦- ٢٤ (١٩٧٩/٤/١٤) ٢٤/١٠٠ صـ ١٧٨.

التي تصدر تنفيذا للعقد الإداري واستنادا إلي نصوصه.

وتبرز الحاجة إلي فكرة القضاء المستعجل في القــضاء الإداري لحمايـــة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها قرينة سلامة القــرارات الإداريـــة كأحــد ســماتها الرئيسية. فالقرار الإداري يفترض صدوره صحيحا ونفاذا من تاريخ صدوره حتـــى نهاية العمل به٩ بإلغائه أو تعديله أو سحبه وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليـــا "أن القرار الإداري يفترض فيه أن يكون محمولا علي الصحة ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك.

وافتراض صحة القرار الإداري، وعدم وقف تنفيذه لمجرد الطعــن عليـــه يهدد المصلحة الفردية سواء في مجال القرارات الإدارية ، وكذلك العقــود بــصفة خاصة، وذلك حينما يلحق الأفراد من جراء تنفيذها أضرارا يتعذر تداركها، ولهــذا أقر المشرع فكرة القضاء المستعجل لتوخي النتائج الضارة التي تترتب علي قرينـــة سلامة الأعمال الإدارية.

فدعوي القضاء المستعجل في الدعاوي الإدارية يرفعها المدعي في حالـــة الاستعجال للحصول علي حكم وقتي لدرء خطر داهم يهدد وجود الحـــق ذاتـــه أو لإقامة أو حفظ الدليل المثبت للحق إذا كان يخشي عليه مـــن التغييـــر أو الـــزوال بمرور الوقت. (١)

تقسيم:

وبعد أن قدمنا كيف اختص القضاء الإداري المصري بطلـــب الاســـتعجال في منازعات العقود الإدارية نبحث في هذا الموضوع:

تقسم الإجراءات المستعجلة. وصور الإجراءات المستعجلة التـــي يخـــتص بها القضاء الكامل.

---

(١) راجع في ذلك أ. م/ محمد منير – قضاء الأمور المستعجلة رسالة دكتوراه سنة ١٩٨٨.

أولا : (أقسام الإجراءات المستعجلة)

تنقسم الإجراءات المستعجلة إلي قسمين:

القسم الأول: خاص بوقف التنفيذ:

يستهدف نظام وقف التنفيذ إيقاف سريان القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء إذا توافرت شروط معينة.

وتشتق سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية من سلطة الإلغاء، وتعتبر فرع منها مردها إلي الرقابة القانونية التي يسلطها القضاء الإداري علي القرار الطعين يوزنه بميزان القانون- وزنا مناطه استظهار مبدأ المشروعية- وتقضي المحكمة بوقف تنفيذ القرار الإداري يحسب الظاهر من الأوراق مع عدم المساس بأصل طلب الإلغاء إذا توافر ركنان هما:

أـ ركن الاستعجال:

بأن يترتب علي تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها إذا تعرض الأفراد لأضرار نتيجة تنفيذ القرارات الإدارية حالة إساءة الإدارة سلطة التنفيذ المباشر الممنوحة لها بأن تخرج عن الشروط المحددة لها أو تلجأ إليها دون مبرر.

بـ ركن المشروعية:

بأن يكون إدعاء الطالب قائما علي حسب الظاهر علي أسباب جدية[1].

وتضيف إلي ركنين سالفي الذكر ركن آخر وهو خاص بعدم وجود وسيلة أخرى يستطيع الأفراد بواسطتها حماية حقوقهم من تعسف الإدارة بصورة عاجلة.

بـ شروط وقف تنفيذ القرار الإداري:

يشترط لحصول الطاعن علي حكم بوقف تنفيذ القرار الإدارة عدة شروط وهي:

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٥٩٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩٥/٢/٧.

١- أن يطلبه رافع دعوى الإلغاء صراحة لأنه أمر متفرع عن دعوى الإلغاء الأصلية:

ويترتب علي ذلك الآتي:

أ- أن يتعلق وقف التنفيذ بقرار يمكن أن توجه إليه دعوى الإلغاء.

ب-أن تتضمن صحيفة دعوى الإلغاء هذا الطلب. (١)

٢- أن يترتب علي تنفيذ القرار الطعين نتائج يتعذر تداركها:

من شروط الحكم بوقف تنفيذ القرار محل الطعن أن يترتب علـــي تنفيـــذه نتائج يتعذر تداركها فيما لو حكم بالإلغاء، وفي هذا تقول المحكمة الإداريـــة العليـــا "ويتعين علي القضاء الإداري ألا يقف تنفيـــذ قـــرار إداري إلا عنـــد قيـــام ركـــن الاستعجال بمعني أن يترتب علي تنفيذ القرار الإداري نتائج لا يمكن تداركها".

٣- أن يؤسس طلب وقف التنفيذ بصفة خاصة وطلب إلغاء القرار محـــل الطعن علي أساس جدية لقاضي الموضوع تقديرها.

القسم الثاني: الإجراءات الوقتية المستعجلة:

تدخل الإجراءات الوقتية المستعجلة في ولاية القضاء الكامل، ولا يتوقـــف قضائه عند حد إلغاء الإجراءات الإدارية المشوبة بعدم المشروعية، ولكنه يتجـــاوز ذلك إلي ترتيب الآثار التي تتولد عنها، وتعديل المراكز القانونية وفقا لصحيح حكم القانون، وقد تمتد سلطات قاضي العقد إلي حد الحلول محـــل الإدارة فـــي إصـــدار القرارات الإدارية الصحيحة التي كان يتعين علي جهة الإدارة إصدارها.

وللقاضي الإداري أن يأمر بالإجراءات الوقتية التحفظيـــة فـــي مواجهـــة المتعاقد بناء علي طلب الإدارة كالأمر بتنفيذ بعض الأشغال أو وقـــف تنفيـــذها أو إلزام المقاول بنقل المواد اللازمة لتنفيذ العقد، كما يمكن للمحكمة بناء علـــي طلـــب الاستعجال أن تحكم للمتعاقد بوقف تنفيذ ما تتخـــذه الإدارة المتعاقـــدة ضـــده مـــن إجراءات تعاقدية إذا ما ترتب علي تنفيذها أضرارا له يتعذر تداركها إلا أن قبـــول الطلب المستعجل مرهون بتوافر شرطين:

---

(١) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٤/١١/١٩٦٧.

١ـ شرط الاستعجال:

الاستعجال يتحقق إذا أدي السير العادي المصاحب لسير الإجراءات القضائية إلي خلق مركز غير قابل للإصلاح[١]

وجاء تعريف عناصر الاستعجال المطلوب لكي يصدر الحكم بوقف التنفيذ القرار الطعين في أحكام المحكمة الإدارية العليا بأنه "الضرورة الملحة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشي علي الحق فيه من مضي الوقت لو ترك حتى يفصل فيه موضوعيا. [٢]

كما عرفته ذات المحكمة سالفة الذكر في حكم آخر بأنه "النتائج التي يستحيل أن يمتنع معها إصلاحها عينا بإعادة ما كان الذي كان عليه من نفس النوع والجنس كما هو الحال مثلا في حالة سحب أو إلغاء الترخيص في إحراز وحمل السلاح إذا كان من شأنه هذا السحب أن يعرض حياة المرخص له طالب وقف التنفيذ لخطر عدم إمكان الدفاع الشرعي عن نفسه[٣]

أيا كان تعريف حال الاستعجال المتطلب للحكم بوقف تنفيذ القرار الطعين فإن الاستعجال حالة مرنة تختلف من ظرف إلي آخر، ولهذا فإنه يترك للقاضي الإداري حرية تقديرها ووجودها من عدمه وفقا لظروف وملابسات كل دعوى علي حدة، وتصديقا لهذا القول قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها "أن

---

(١) Gobol de: Essai sur la Nation D'Urgence en Droit Adminstratif. Frances. These ١٩٥١P. ٥٢.

وراجع كذلك للاستاذ الدكتور، عبد الباسط حميمي، مؤلفه مبادئ المرافعات ١٩٧٨ صـ ٣٠٧ حيث عرف الاستعجال بأنه "الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده.

(٢) يراجع في ذلك الحكم الصادر في ١٩٦٣/٩/٣٠ لسنة ٩ق طعن رقم ٨٩٧ صـ ١٥٢٣ من المحكمة الإدارية العليا.

(٣) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادرة في ١٩٦٨/٢/٦ في القضية رقم ١٣٨٨ لسنة ١٠ق صـ ٢٥ مجموعة المبادئ القانونية في ثلاث سنوات من أكتوبر سنة ١٩٦٦ إلي سبتمبر سنة ١٩٦٩.

القضاء الإداري يفصل في الطلبات المستعجلة بالحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة فتنظر المحكمة أولا في توافر الاستعجال علي حسب الحالة المعروضة والحق المطالب به بأن تستظهر الأمور التي يخشي عليها من فوات الوقت أو النتائج التي يتعذر تداركها أو الضرر المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه[1]

٢ـ جدية الأسباب القائم عليها طلب وقف التنفيذ:

يشترط القضاء الإداري المصري قيام الطلب المقدم من المدعي علي أسباب جدية وتخضع تقدير جدية هذه الأسباب للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وتكتفي المحكمة في تقدير جدية الطلب إلي النظر للموضوع من حيث الظاهر، ولا تمس موضوع الدعوى الرئيسية فلا يؤدي ذلك إلي تغيير المراكز القانونية لأطراف الدعوى[2]

وبناء علي ما تقدم فإنه ضمن المدعي طلبات موضوعية في صحيفة دعواه مثل طلب إلغاء ما اتخذته الإدارة من إجراءات عقدية في مواجهته كإلغاء فسخ العقد أو تنفيذه علي حسابه[3] أو طلب أحد المتعاقدين تعيين خبير كإجراء مستعجل لفحص وإثبات حالة الأشغال التي قام بتسليمها للإدارة فإن القاضي المستعجل لا يتعرض لصحة أو بطلان عقد الأشغال، ولا يتعرض لصحة أو سلامة الإجراءات التي اتخذتها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بل يترك ذلك كله لتقدير قاضي العقد.

والحكمة المتوخاة من عدم المساس بموضوع العقد هو حماية المراكز المشروعة من الخطر الداهم الذي يهددها بمقتضي حكم يصدر علي وجه السرعة، والحد من طلبات المدعين المستعجلة في الأمور التي لا تستدعي ذلك فتؤدي إلي الانتقاص من الضمانات المقررة في الدعاوي العادية.

---

(١) يراجع يف الحكم الصادر في ١٩٦٣/١٢/٢٨ لسنة ٩ ق مبدأ ٢٩ صـ ٣٢٤.

(٢) يراجع في ذلك المستشار الدكتور/ محمد أحمد عطية- المرجع السابق صـ ٩٨.

(٣) يراجع في ذلك د./ محمد منير: المرجع السابق صـ ٦١٨.

ثانيا: صور الإجراءات المستعجلة التي تدخل في اختصاص قاضي العقد

يختص قاضي العقد بالنظر في الإجراءات الوقتية المستعجلة التي تتعلق بالعقود الإدارية باعتبارها منازعة متفرعة من المنازعة الأصلية ومن صور الإجراءات الوقتية المستعجلة:

أ- إثبات حالة الاستعجال أو دعوى تهيئة الدليل:

وهو إجراء الغرض منه إثبات حالة معينة أو وضع معين يتطلب إثباته لحفظ أدلة الإثبات في وقتها لكي تخدم الإثبات مستقبلا في الموضوع، ومن ثم فهو إجراء مادي يتعذر إثباته مستقبلا، وبمعني آخر فهو صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع. (١)

وعرف محكمة القضاء الإداري دعوى تهيئة الدليل في حكمها الصادر في ١٩٥٧/٣/٣١ بأنها ليست أكثر من إجراء من الإجراءات التحفظية التي تقع علي نفقة رافع الدعوى وتوفر للطرفين حلا سريعا مؤقتا يمهد للفصل في موضوع الحق، وتهدف إلي إثبات حالات معينة إذا لم تثبت مباشرة استحال بعد ذلك استخلاص الدليل منها، فإذا رفعت الدعوى الموضوعية بعد ذلك أمكن الاستناد إلي ما انتهت إليه دعوى إثبات الحالة، وتصرف القاضي الإداري في هذه المنطقة هو القيام بندب خبير أو يقرر الانتقال بنفسه للمعاينة لإثبات الحالة المطلوبة وليس له أن يأمر بأجر آخر إضافي مثل إجراء التحقيق، ولكن للخبير سلطة يتجاوز بها إلي مهام أخرى لتحقيق مصلحة الخصوم.

وقد قضت ذات المحكمة في حكمها الصادر في ١٩٨٧/١١/٢٩ بندب خبير لإثبات حالة الأعمال المنفذة والمسلمة ابتداء وتدوين ملاحظات عليها، وما إذا كانت الملاحظات التي ذكرتها لجنة الاستلام النهائي في محضرها ناشئة عن سوء استخدام الهيئة المدعي عليها أم أن هذه الملاحظات ترجع إلي تقصير المقاول مع

---

(١) راجع في ذلك التعريف للمستشار/ محمد عبد اللطيف: القضاء المستعجل لسنة ١٩٦٨.

بيان المبالغ المستحقة والناتجة عن تنفيذ العقد المشار إليه.

٢ـ رفع الدعوى الخاصة بالطلبات المستعجلة:

لم يقيد المشرع رفع الدعوى المستعجلة بوقت محدد مثل الدعوى الخاصة بوقف التنفيذ التي قيدها بأن تتضمنها صحيفة دعوى الإلغاء ذاتها، أما الدعوى المستعجلة فيجوز تقديمها مع الدعوى الأصلية أو استقلالا عنها، وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها "أنه ولئن كانت المادة ٢١ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ قد اشترطت أن يكون وقف التنفيذ قد طلب في صحيفة الدعوى فإن هذا الشرط لا يكون إلا حيث تكون الدعوى تستهدف إلغاء قرار من القرارات المعينة في المادتين ١١/٨ من هذا القانون أي في نطاق القضاء الناقص، أما حين يباشر المجلس ولاية القضاء الكاملة فلا يلتزم بالحكم الوارد في المادة ٢١ ذلك لأن الآثار المترتبة علي القرار الإداري تتشكل بمجرد صدوره بينما الآثار المترتبة علي الإخلال بالالتزامات العقدية قد تجد بعد الدعوى الأصلية فيكون للمضرور في أي وقت أن يتقدم إلي القضاء بطلب الحكم بوقف الإجراء.

وتشترط المحكمة الإدارية العليا ارتباط دعوى تهيئة الدليل بإقامة دعوى موضوعية، وفي هذا تقول "أن اختصاص القضاء الإداري يمتد إلي دعوى تهيئة الدليل إذا رفعت مرتبطة بدعوى من دعاوي الإلغاء أو من دعاوي القضاء الكامل أو دعاوي التعويض أو دعاوي المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، أما إذا رفعت دعوى تهيئة الدليل إلي القضاء الإداري بصفة أصلية وعلي استقلال من أي طلب موضوعي فإنها تغدو غير مقبولة قانونا[1]

---

(١) راجع في ذلك الطعن رقم ٣٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢١ غير منشور ولنا تعقيب علي هذا الطعن بقولنا أن المحكمة الإدارية العليا رغم ما لها من قدر كبير في تأصيل المبادئ القانونية إلا أنها في هذا الطعن لم تأتي بجديد حيث لا يجوز أصلا رفع الدعوى المستعجلة إلا برفعه دعوى موضوعية لأنه في حاجة إلي الحصول علي حكم نهائي أما الحكم في الدعوى المستعجلة وقتي.

خلاصة ما تقدم:

نستخلص مما تقدم أن منازعات العقود الإدارية تعتبر مجالا لاختــصاص القضاء المستعجل، ويمكن للقاضي أن يلجأ إلي الخبرة والمعاينة والشهادة، واتخــاذ جميع الإجراءات الخاصة بالتحقيق وللقاضي الإداري المستعجل الأمر بالإجراءات الوقتية التحفظية في مواجهة المتعاقد بناء علي طلب الإدارة كالأمر بتنفيــذ بعــض الأشغال أو وقف تنفيذها كما يجوز للمحكمة أن تحكم للمتعاقد بوقف تنفيذ ما تتخذه جهة الإدارة من إجراءات تعاقدية إذا سببت له أضــرار يتعــذر تــداركها ويتقيــد القضاء الإداري المستعجل بذات قيود محكمة الموضوع عند النظر في الموضــوع فليس من شأنه أن يوسع من سلطات القاضي المستعجلة أن يتحرر من القيود التــي تحد من سلطة قاضي الموضوع.

فمثلا في حالة طعن أحد المتقدمين للمناقصة في قرار إرســاء المناقــصة علي غيره فإن طلبه موضوعيا بإلغاء هذا القرار، وعلي سبيل الاســتعجال وقــف تنفيذه وإرساء المناقصة عليه باعتباره صاحب العطاء الأفضل، فــي هــذه الحالــة يمكن للقضاء المستعجل أن يأمر بوقف تنفيذ قرار الإرساء متى تحقق مــن تــوفر أسبابه إلا أنه لا يملك إرساء المناقصة علي المــدعي لأن القــضاء المــستعجل لا يشكل قضاء مستقلا فهو ليس سوى فرع من محكمة الموضوع ينبثق عنهــا لنظــر المسائل المستعجلة، ولما كانت سلطات قاضــي الإلغــاء مقــصورة علــي إلغــاء القرارات الإدارية غير المشروعة دون أن يتصدي ذلك إلي إصدار أوامــر لجهــة الإدارة أو الحلول محلها فإن سلطات القاضي المستعجلة تحترم هذه الحدود[1]

(1) راجع في ذلك للمستشار الدكتور/ محمد أحمد عطية- المرجع السابق صـــ ٢٩٠.

رابعا: الدعاوي الخاصة بالطعن علي قرار الإدارة منفردا بإنهاء العقد الإداري لدعوى المصلحة العامة

سلم الفقه والقضاء للإدارية بحق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة التي تتجسد في توفير احتياجات المرافق العامة وضمان سيرها طبيعية ومنتظمة، وللمتعاقد في مقابل ذلك له حق الطعن في مشروعية قرار الإدارية بالإنهاء المبتسر للعقد ويراقب القاضي الإداري المختص بصددها مدى مشروعية ممارسة الإدارة لسلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإدارة المنفردة، كما يراقب القضاء الإداري مدى مشروعية ممارسة الإدارة لهذه السلطة ويتأكد من مدى توافر الشروط الواجب الالتزام بها من جانب الإدارة لممارسة هذه السلطة[1] ولا تتناول هذه الرقابة الملائمة أي أن رقابة القاضي تقتصر علي التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذي يبرر إنهاء العقد، ولكنها لا تتناول الملائمة أي مدى كفاية هذا السبب لإنهاء العقد.

في فرنسا:

يفرق مجلس الدولة الفرنسي في تحديد القاضي الإداري المختص بالنظر في المنازعة الخاصة بالإنهاء الانفرادي للعقد من جانب جهة الإدارة بحسب ما إذا كان الطاعن في هذا القرار هو المتعاقد مع الإدارة أم شخصا من الغير.

أما من حيث طبيعة المنازعة في النهاية المبتسرة للعقد الإداري من جانب الإدارة فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي علي اعتبارها منازعة حقوقية، ووضع لممارسة هذه السلطة المخولة لجهة الإدارة هذه الضوابط الآتية:

أولا: أخضع مجلس الدولة الفرنسي قرارات الإدارة بإنهاء عقودها

---

(١) لمزيد من التفصيل في دراسة إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة لجهة الإدارة راجع في ذلك سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية والدول الأجنبية- رسالة ماجستير في القانون العام- جامعة طنطا- كلية الحقوق إعداد السلال سعيد جمعة الهويدي.

الإدارية قبل نهاية المدة المحددة لها لدواعي المصلحة العامة لرقابة قاضي العقد (القضاء الكامل) باعتبارها منازعة حقوقية لا تتعلق بقرارات قابلة للانفصال عن العقد، وتطبيقا لذلك صدر حكمه الصادر في ١٩٨٧/٢/٢ والذي قضي فيه "بأنه نظر لأن قرار السلطة مانحة الالتزام والذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام لا يعتبر قرارا منفصلا عن العقد بالنسبة للملتزم، وعليه فإن الملتزم لا يمكنه إقامة دعوى أخرى ضد هذا القرار دعوى أخرى خلاف الدعوى التي يمكنه أن يقيمها أمام قاضي العقد. [١]

ومن ثم فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي علي أن للمتعاقد أن يقيم دعواه بصدد أي قرار تصدره جهة الإدارة متعلقا بتنفيذ العقد أو إنهائه أمام قاضي العقد، ولا يملك المتعاقد أن يقيم دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء[٢] ضد التدابير الصادرة من جهة الإدارة بمناسبة تنفيذ أو نهاية العقد الذي يربطه بها حيث يجب علي المتعاقد أن يرفع دعواه أمام قاضي العقد طبقا للشروط والأوضاع الخاصة بالقضاء الكامل وبمدى سلطته المخولة له قبل هذه المنازعات. [٣]

وفي مصر:

ذهبت محكمة القضاء الإداري إلي أنه "متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء. [٤]

وكما ذكرنا سابقا أن عدم قبول دعوى الإلغاء من المتعاقد ضد منازعة الإنهاء الانفراد للعقد الإداري إلي أن المتعاقد يملك دعوى أخرى موازية أمام قاضي العقد بالإضافة إلي أن قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لا

---

(١) C. E. ٢ Fev ١٩٨٧. Ste France- ٥- Rec. P. ٢٨.

(٢) C. E. ١٩ Nov. ١٩٧١. Dlle Ledue- Rec- P. ٦٨٨- C. E. ١٧ Dec. ١٩٧١- Association Syndicaie des embranc les. Rec. P. ٧٨٥.

(٣) A. De. Laubadre et autres contrats. Op. Cit. ta. P. ١٠٥٦.

(٤) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ لسنة ١٠ ق قضية رقم ١١٨.

يعتبر بالنسبة للمتعاقد قرارا منفصلا عن العقد[1] ولذلك لا يمكن أن يكون هذا القرار محلا لدعوى الإلغاء من جانبه[2]

وبالرغم من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي خرج علي هذه القاعدة السابقة في الحكم الصادر في ٢ مايو سنة ١٩٥٨ حيث قبل المجلس في هذه الحكم دعوى الإلغاء المقامة من المتعاقد أمام قاضي الإلغاء ضد قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة الذي اتخذ شكل مرسوم لائحي Lementaire- Decret- Reg صادر من الإدارة بإنهاء طائفة من العقود معا وبصورة جماعية لدواعي المصلحة العامة.

وقد تعددت تعليقات الفقهاء ومفوضي الدولة عن قضاء مجلس الدولة الفرنسي السابق نذكر منها الآتي:

١- ذهب الفقيه La chaume في تعليقه علي الحكم السابق أنه يمكن في بعض الحالات أن يخضع قرار إنهاء العقد للطعن أمام قاضي الإلغاء من هذه الحالات التي لا يتعلق فيها قرار إنهاء العقد أو مجموعة العقود مباشرة بتنفيذ العقد، ويمكن باستخدام سلطة عامة ممنوحة للإدارة بقصد تحقيق الصالح العام[3]

٢- وذهب الفقيه Callay في رسالته الفرنسية أنه أقر دعوى الإلغاء من المتعاقد ضد تنفيذ العقد التي تجد مصدرها في قانون أو لائحة وهو حل منطقي ذلك أن السلطة الإدارية تتدخل في هذه الحالة في سياق العقد، وليس بمقتضي سلطاتها التعاقدية ولكن بمقتضي الامتيازات المعترف بها لها بواسطة القانون أو اللائحة[4]

٣- ذهب مفوض الحكومة GEWE Vois إلي أنه يستطيع المتعاقد أن يطعن

(١) J. Touscoz- Note sous. C. E. ٢٠ Jan- ١٩٦٣- P- ٧٠٩

(٢) M. Fornaccit- Conciusions- prasites R. F. D. A. ١٩٨٧

(٣) Elachaume- Les Grands decisions de Jurisprud ence P. ٢٧٤

(٤) Cgallay These Precitee P. ٣٠٨

بطريقة دعوى الإلغاء في القرارات الصادرة من السلطة المتعاقدة ليس بصفتها طرفا في العقد ولكن بمقتضي سلطاتها العامة عندما يكون القرار محل الشأن تدبيرا لائحيا يقضي بإنهاء عدة عقود معا.

وقد وافقه في ذلك الرأي مفوض الدولة Forracciarl الذي ذهب إلي أن دعوى الإلغاء تكون متاحة للمتعاقدين ضد المراسيم اللائحية التي تنهي طائفة كاملة من العقود[١].

وقد ذهب الفقهاء (دي لوبادير وموررون وديلفولفي) في تفسيرهم للقضاء السابق إلي أن القرارات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة بناء علي صفة أخرى خلاف صفتها التعاقدية تنفصل عن العقد فهذه القرارات تنضم إلي القرارات التي تتخذها جهة إدارية أخرى خلاف الجهة الإدارية التي تعاقدت، فهذه القرارات علي الرغم من أنها تؤثر في تنفيذ العقد إلا أنها ليست مرتبطة بالعلاقات التعاقدية، ولذلك يجب منطقيا أن يتمكن المتعاقد من الطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء، ويمكن لأي شخص صاحب مصلحة أن يطعن فهيا بذات طريق الطعن، والتدبير المناسب تماما لذلك هو أنه عندما تكون تدابير الإدارة صادرة بمقتضي سلطات خارجية تماما عن العقد مثل السلطات المعترف بها للإدارة بواسطة القوانين واللوائح أو عندما يكون التدبير محل الشأن متعلقا بإنهاء العقد وصادر بمقتضي القواعد المطبقة علي العقود الإدارية تحت شكل مرسوم يسري علي طائفة كاملة من العقود فإن هذا المرسوم اللائحي بسبب مدلوله العام يكون قابلا للطعن فيه بواسطة دعوى الإلغاء منه جانب متعاقدي الدولة[٢]

ذهب الفقيه Terneyre إلي القول بأن القرارات الخارجة عن العقد وهي القرارات التي تتخذها الإدارة بصفتها غير الصفة التعاقدية إلا أنها تؤثر بصفة خاصة علي أوضاع تنفيذ العقد لا تنطبق علي حالة إنهاء طائفة من العقود معا بناء علي المراسيم اللائحية لأن إنهاء طائفة من العقود بناء علي مرسوم لائحي لا

---

(١) M. Fornacciari conclusions Precitees R. F. D. A. ١٩٨٧. P. ٣٠.

(٢) A. De laubadere er autres- contrats- Op. Cit. T. ٢. P. ١٠٥٨

يتعلق بأي حالة من الأحوال بالقرارات الخارجية عن العقد ولكنه يعتبر على العكس من ذلك تدبيرا متعلقا بتنفيذ العقد فإنه من الصعب أن يفهم خضوع هذه الجزئية للطعن بالإلغاء ومن الخطأ أن تفلت هذه الحالة من رقابة قاضي العقد وذلك عندما تكون مشروعيتها محل طعن من المتعاقد(١)

ويتفق مع هذا الفقيه من حيث النتيجة كل من الفقيهين Llorens et Trrneyre إلي أن الاستثناء الذي أورده الحكم الصادر في ٢ مايو سنة ١٩٥٨ يعتبر استثناء كاذب ومزيفا لأن قرار الإدارة بإنهاء العقد في هذه الحالة يعتبر صادرا طبقا للسلطات غير التعاقدية. (٢)

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي تراجع عن المبدأ السابق في قبول دعوى الإلغاء المقامة من المتعاقد ضد المرسوم اللائحي الصادي من الحكومة المتضمن.

أما إذا تعلق الأمر بإنهاء عقد من عقود الأشغال العامة فإن سلطة القاضي تقتصر علي التعويض دون الإلغاء من ذلك "حكم مجلس الدولة الصادر في ٩ ينوي سنة ١٩٥٩ الذي وضع المبدأ العام بالنسبة لعقود الأشغال العامة والتي مؤداها أن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتي مؤداها أن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة الأشغال من مقاوليها حتى ولو كانت غير مشروعة، وإنما تقتصر سلطة القاضي أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ للمقاول الحق في التعويض. (٣)

يتضح مما سبق أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يجيز للمتعاقد مع الإدارة حق اللجوء إلي قاضي الإلغاء متى كان سبب إنهاء العقد من جانب جهة الإدارة يرجع إلي دواعي المصلحة العامة أو اتخذ شكل مرسوم لائحي صدر بإنهاء طائفة

---

(١) Ph. Terneyre Articl Precite E D C E. ١٩٨٨٠ P. ٨٧

(٢) Ph Ternevre Articl Precite E D. C. E ١٩٨٨٠ P ٨٦ et. ٨٧ Fll orens Note Precitee R D P ١٩٨٩ ١١٧٧

(٣) C. E. ٩ Jan ١٩٥٩. Daval Rec P ٩٥٥

من العقود، وكذلك يلاحظ أن سلطة قاضي العقد تقتصر علي رقابة المشروعية دون الملائمة بالنسبة لقرار الإنهاء فالقاضي يتحقق فقط من وجود سبب المصلحة العامة الذي استندت إليه الإدارة دون أن تمتد إلي تقدير كفاية هذا السبب وملاءمته.

ثانيا: من الضوابط التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي بشأن الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري من جانب الإدارة فهو خاص بالإنهاء المبتسر لعقد الالتزام.

فقط طبق القضاء الفرنسي المبادئ المستقرة علي أساسها بخصوص التمييز بين عقد الالتزام، وما يشابهه من عقد الأشغال والتوريد كالآتي:

إذا كان الإنهاء المبتسر علي عقد الالتزام، وقامت الإدارة باسترداد المرفق دون خطأ من جانب المتعاقد جاز لقاضي العقد إذا طعن الملتزم في قرار الإنهاء إن يلغي القرار لعدم المشروعية، وأن يعوض عنه من ذلك حكم مجلس الدولة الصادر في ٢ من فبراير سنة ١٩٧٨ بإلغاء المرسوم الصادر من الحكومة الفرنسية بإنهاء عقد الالتزام الذي يسري علي القناة السادسة والذي يعتبر في حقيقته استرداد غير تعاقدي للمرفق لصدوره استنادا إلي مشروع قانون لم يتم إقراره والتصديق عليه(١) كما أصدرت المحكمة الإدارية لجرونل في ١٩٨٠/٤/٩ حكمها قررت بمقتضاه أن قاضي العقد يملك سلطة الحكم بإلغاء قرار استرداد التزام المرفق العام الصادر من السلطة مانحة الالتزام(٢).

فحينئذ يكون للمتعاقد كسائر المواطنين أن يلجأ إلي قاضي الإلغاء بطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استعرض الشروط اللازم توافرها لقبول دعوى الإلغاء(٣)

ويلاحظ أن هذه القرارات سالفة الذكر ليست لها أي علاقة مباشرة بالعقد

---

(١) C. E. ٢ fev. ١٩٧٨. T. V. Rec. P. ٢٩.

(٢) T. A. De. Grnable. ٩ Avril. ١٩٨٠ D./ ٩٨/ O. ٥٨١.

(٣) من الشروط اللازم توافرها لقبول دعوى الإلغاء شرط المصلحة لرافع الدعوى وأن يكون القرار الطعين غير مشروع، ولتفصيل أكثر في شرح شروط قبول دعوى الإلغاء راجع الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

ومثال ذلك القرارات سلطات البوليس فهي قرارات إدارية فــإذا أصــدرت جهــة الإدارة مثل هذه القرارات باعتبارها الطرف الآخر في العقد، وبناء علي ما لها من حق التدخل والإشراف علي تنفيذ المتعاقد لالتزاماته فإنه يتعين علي المتعاقد إذا مــا رغب في الطعن علي هذه القرارات أن يسلم سبيل القضاء الكامل (دعــوى العقــد) أما إذا استندت الإدارة في إصدار قراراتها (قرارات سلطات البوليس سالفة الــذكر) إلي صفة أخرى غير صفتها كمتعاقدة فلا سبيل للطعن في هــذه الحالــة إلا عــن طريق دعوى الإلغاء.

إنهاء طائفة من العقود في الحكم الصادر في ٢ مايو سنة ١٩٥٨ ورفــض دعوى الإلغاء المقامة من المتعاقد ضد مرسوم صادر بإنهاء عقد إداري واحد فقــط وليس مجموعة من العقود[1].

ونحن نري:

من المسلم به كما بينا سابقا في محيط البحث الخــاص بهــذه النقطــة أن القضاء الكامل هو صاحب الاختصاص الأصيل في منازعــات العقــود الإداريــة المقامة من المتعاقد بصفة عامة وضد قرار الإدارة الصادر بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري بصفة خاصة، وأن دعوى الإلغاء هي الاستثناء علي الأصل السابق بيانــه إلا أنه يلاحظ أن الإدارة حينما تصدر مرسوم لائحي بإنهــاء العقــد الإداري فــإن صدورها لهذا المرسوم اللائحي يستند إلي مالها من سلطة في إنهاء العقــد الإداري بإرادتها المنفردة، وهذا خارج عن سلطاتها التعاقدية مع المتعاقــد، وبالتــالي فــإن الالتجاء إلي دعوى الإلغاء في هذا الجانب لا يعد من قبيل الاستثناء الذي يعتد بــه في استناد المتعاقد إلي إقامة دعوى الإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء العقــد الإداري بإرادتها المنفردة.

ويلاحظ أن للمتعاقد أن يسترد حقه في الالتجاء إلي قضاء الإلغــاء إذا مــا أصدرت جهة الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى غير التعاقدية.

C. E. LL Dec ١٩٥٩. Ste yenera La technique Rec. P. ٦٧٠. (١)

خامسا: منازعات تنفيذ العقد الإداري

قدمنا في مستهل تناولنا لاختصاص القضاء الكامل في منازعـات العقـود الإدارية أنه اختصاص مطلق وشامل لأصل تلك المنازعة وما يترفع عنهـا سـواء كانت المنازعة متعلقة بقرار إداري أو أي عمل قانوني آخر يدخل في نطاق العملية التعاقدية ابتداء من أول إجراء في تكوينها إلي آخر نتيجة تنتج عـن هـذه العلاقـة سواء كانت من الحقوق أو من الالتزامات.

يتبين مما تقدم أن القضاء الكامل يختص من بين المنازعات التـي تتعلـق بالعقد الإداري الدعاوي الخاصة بتنفيذه.

ومن المسلم به أن مرحلة تنفيذ العقد تأتي بعد ميلاده ويضحي الأمر فـي كافة المنازعات التي تتعلق بهذه المرحلة إنهاء منازعات لا تتعلـق بقـرار إداري يمكن فصله عن العملية التعاقدية بل تتعلق بصميمه، وصور المنازعات التي يمكـن أن تثار بشأن هذه المرحلة كثيرة لا يمكن حصرها نذكر منها القرار الـصادر مـن جهة الإدارة بتعديل الالتزامات العقدية، وكذا القرار الصادر بتقصير المدة القانونيـة المحددة لإنهاء الالتزامات التعاقدية.. الخ ومن ثم فإن الـشرط الأول لاختـصاص قاضي العقد بمنازعات تنفيذ العقد الإداري أن تتعلق المنازعة بقـرار صـادر فـي مرحلة تنفيذ العقد.

وحين نتحدث عن من له حق الالتجـاء إلـي القـضاء الكامـل بـصدد المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري نجد أن الإجابة علي هذا التساؤل ينحـصر في المتعاقدين وهم أطراف العقد الإداري، ويغلق باب الالتجاء إلي القضاء الكامـل بصدد منازعات تنفيذ العقد الإداري في وجه الغير الأجنبي عن العقد، ويفتح للغيـر باب قضاء الإلغاء بمقتضي الشروط والأوضاع التي سوف نبحثهـا فـي المبحـث الخاص بمدى أحقية الغير في الالتجاء إلي قاضي الإلغاء.

ومن جهة أخرى حينما نتحدث عن مرحلة تنفيذ العقد، الإداري فهذا يذكرنا ببنود العقد واشتراطاته سواء كانت شروط صريحة أو ضمنية سواء كانت جـزءا من نصوص العقد أو اشتراطات خارجية اتفق المتعاقدين علي الإحالـة إليهـا أو

استقر القضاء علي اعتبارها جزء من بنود العقد ما لم يستبعدها الطرفان صراحة.

وتطبيقا لما تقدم تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٤/٢١ أما القرارات اللاحقة لإبرام العقد فإنها تكون مستندة إلي السلطة العقدية ويراعي في هذه القرارات إنها تصدر أثناء تنفيذ العقد كما يسترد قاضي الإلغاء ولايته إذا استندت الإدارة في قراراتها إلي سلطتها كضابطة لسير المرافق العامة والمستمدة من القوانين و اللوائح مباشرة وتعتبر القرارات السابقة استثناء يرد علي سلطة قاضي العقد ويجيز لكل ذي مصلحة العقود إلي قاضي تجاوز السلطة بالمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري عند تحقق ثلاث شروط هم:

الأول: أن تتعلق المنازعة بقرارات صدرت في مرحلة تنفيذ العقد أي بعد تمام اكتماله.

الثاني: أن تثور المنازعة بين أطراف العقد الإداري.

الثالث: أن تصدر هذه القرارات مستندة إلي بنود العقد واشتراطاته الصريحة أو الضمنية سواء كانت جزء من نصوص العقد أو اشتراطات خارجية اتفق الطرفان علي الإحالة إليها أو استقر القضاء علي اعتبارها جزءا من بنوده ما لم يستبعدها الطرفان صراحة.

هكذا عرضنا لبعض صور من المنازعات العقدية التي تدخل في محراب القضاء الكامل والذين لهم حق الالتجاء إلي قاضي العقد هما أطراف العقد أما الغير فلهم طرق باب قضاء الإلغاء للطعن علي القرارات القابلة للانفصال عن العقد سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ علي النحو الذي سوف نعرض له في حينه.

الباب الثاني

الرقابة علي مشروعية القرارات
المتصلة بإبرام العقد الإدارى

ساقط من الأصل

ساقط من الأصل

بإلغاء المناقصة أو بارسائها علي شخص معين فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي وتنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية "[1] والواقع أن المتتبع لقضاء مجلس الدولة سواء في فرنسا أو مصر يلاحظ أن المرحلة التمهيدية التي يمر بها العقد الإداري قبل صيرورته نهائيا تمثل الأرض الخصبة لفكرة القرارات المنفصلة علي وجه الأخص الطعون المقدمة من المتنافسين وغير الأجنبي عن العقد .

أما فيما يتعلق بالقرارات التي تصدر في منطقة العقد وتنفيذه فعلي الرغم من وجود بعض الأحكام بشأن انفصالها وجواز الطعن فيها عن طريق تجاوز السلطة فإنه بصددها مازال يكتنفه الغموض وهذا ما سوف نبرزه في الباب الثالث.

وعلي ذلك فسوف تناول هذا الموضوع في النقاط الآتية :

الفصل الأول : مراحل وإجراءات إبرام العقد الإداري

الفصل الثاني : طرق التعاقد الإداري

الفصل الثالث : نطاق دعوى الإلغاء في القرارات المتصلة بمرحلة إبرام العقد الإداري

---

(١) مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في ١٥ سنة في مجال العقود ،ـ وفي ذات المعني حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٤/٥ السنة ١٧ ق رقم ٣٢٠ المجموعة س ٢ ص ٣٠٨ .

الفصل الأول

مراحل وإجراءات إبرام العقد الإداري

تعتبر عملية إبرام العقود الإدارية أكثر تعقيدا بالقياس للعقود المدنية ومصدر التعقيد يرجع أساساً إلي التعبير عن الإرادة . La Maniferation de Volonte فهي تمر بعدة مراحل فالتعاقد قد يكون مسبوقا بإجراءات سابقة وموافقات ينص عليها القانون أو اللوائح لكي يدخل العقد حيز التنفيذ وهكذا بالنسبة لكافة العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت إدارية أو مدنية " فالإدارة لا تتعاقد لمصلحة فردية وشخصية وإنما لأجل المصلحة العامة ، وإنها لا تتصرف في مال خاص بمشيئتها ، ولكنها تتصرف في مال عام يتمثل في حصيلة الخزانة العامة التي يمولها المواطنون بالضرائب والرسوم التي يدفعونها ومن هنا تخضع السلطات الإدارية في إبرام عقودها لقيود لا يقابلها الأفراد في عقودهم الخاصة .[1]

وقد حرص المشرع في مصر علي تقيد سلطة الإدارة فيما يتعلق بطرق وإجراءات إبرام عقودها ، وينظم هذا الموضوع في مصر القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، ولائحته التنفيذية الصادر بها القرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ ، ويعتبر هذا القانون ولائحته التنفيذية هو القانون العام فيما يتعلق بإبرام عقود الإدارة

وتبدو تلك القيود في الآتي:

<u>أولا</u> : إن عقود الإدارة رضائية لا يشترط فيها الكتابة إلا أن عقود الإدارة الهامة لابد وأن تتم بالكتابة وذلك لبيان شروط العقد التي تحرر بطريقة مسبقة بالإضافة إلي الإجراءات والأشكال التي تخضع لها عملية إبرام العقد .

<u>ثانيا</u> : اشتراط أخذ رأي جهة معينة قبل إبرام العقد فقانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ و يوجب أخذ رأي قسم الفتوي (مجلس الدولة) قبل إبرام جهة الإدارة لأي عقد تزيد قيمته عن خمسة آلاف جنيه ، وإذا

---

(١) راجع الدكتور / محمد رفعت عبد الوهاب – القانون الإداري الطبعة الأولي سنة ١٩٨١ ص ١١٩ .

كانت قيمة العقد تزيد قيمته علي خمسين ألف جنيه فيجب أخذ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى قبل إبرام جهة الإدارة لهذا النوع من العقود ، وقد جاء في دستور سنة ١٩٧١ أنه يجب أخذ موافقة مجلس الشعب قبل عقد القروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة .

ثالثا : يجب اتباع قواعد الاختصاص الإدارية عند إبرام الإدارة للعقود وذلك بأن القانون يعين هؤلاء الأشخاص الذين لهم سلطة إبرام عقود الإدارة ، وكذلك بالنسبة للهيئات العامة يجب أن تبرم العقود في حدود نشاطها المرفقي الذي تتخصص فيه كل هيئة عامة وليس خارج هذا النشاط .

رابعا : تقييد الإدارة بإتباع أساليب معينة وإجراءات محددة لاختيار أفضل عطاء من حيث الشروط المالية والفنية رعاية للمصلحة العامة وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أن " الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام عقودها إدارية كانت أو مدنية تلتزم الإدارة في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح – كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد معهم هذه الإجراءات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتنفصل عنه. [1]

خامسا : قد يحدد القانون أحيانا نماذج مطبوعة من قبل ومحددة شروطها سلفا بالإضافة إلي أن اللوائح قد تفرض شروطا تسري علي العقود ويلاحظ أن هذه الشروط تفرض علي الإدارة مسبقا عند قيامها بإبرام عقودها وهي شروط عامة ومخالفتها تؤدي إلي بطلان العقد .

وقد أوضح مجلس الدولة المصري في أحكام عديدة الطبيعة المعقدة لإبرام العقود الإدارية لعل أوضحها حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوى رقم

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣١٢٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ .

٣٤٨٠ لسنة ٩ ق بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢ حيث عددت المحكمة القيود الواردة علي الإدارة للتعبير عن إرادتها وجاء في هذا الحكم الآتي " أن للعقد الإداري خصائص في إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص إذ ترد علي حرية الأشخاص المعنوية العامة فيكون منها ما يتعلق بحرية اختيار الشخص الذي تريد الإدارة التعاقد معه ذلك أنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون ويشترط في البعض الآخر عرض علي الهيئة التشريعية وصدور قانون بشأنها – بالإضافة إلي ذلك أن الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص معينة فتعرفها القوانين واللوائح – وعلي الأشخاص المعنوية العامة أن تسلك سبلا معينة للتعاقد ، وعليها أن تتبع إجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد – كما أن كثيراً من العقود الإدارية ما يجب من حيث الشكل أن يكون مكتوباً حتي يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص [1]

وقبل أن نوضح كيفية إبرام العقد الإداري يستوقفنا بيان بالإجراءات التمهيدية السابقة علي عميلة العقد الإداري وسوف نتناولها في الآتي :

المبحث الأول : المرحلة التمهيدية لإبرام العقد الإداري

المبحث الثاني : كيفية اختيار الإدارة المتعاقد معها

المبحث الثالث : إبرام العقد الإداري

تقسيم :

يمر العقد الإداري بثلاثة مراحل أساسية هي المرحلة التمهيدية لإبرام العقد ثم مرحلة التعاقد أو مرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذ العقد

---

(١) راجع حكم لمحكمة القضاء الإداري كذلك في ٢٣ديسمبر سنة ١٩٥٦ .

المبحث الأول

المرحلة التمهيدية لإبرام العقد الإداري

تمهيد :

الهدف الأساسي للمرحلة التمهيدية لإبرام العقد الإداري هو الحرص علـــي مصالح الدولة المالية باختيار أكفأ المتعاقدين وأفضلهم شروطاً وأكثرهم خبرةً فـــي مجال العمل الفني الإداري ، كما تراعي المرحلة التمهيدية قواعد العدالة والمـــساواة بين المتنافسين للتعاقد مع الإدارة وفي كل ذلك ما يصدر عن الإدارة يجب أن تسير فيه الإجراءات علي مقتضي التنظيم الإداري المقرر لذلك .(١)

وفي ذلك تقرر المحكمة الإدارية العليا " تتكون العقود التي تبرمهـــا الإدارة في العادة من عملية أكثر تعقيدا منها في العقود المبرمة بين الأفراد ، ويبرز شـــق التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة التـــي تكـــون طرفا في العقد ، ويتكون العقد الإداري كما يتكون العقد المدني من تلاقـــي رضـــاء كل من الطرفين المتعاقدين برضاء الآخر ، ولا يمكن تصور وجود التراضـــي إلا بوجود إرادتين متوافقتين وإذا كان التعبير عن إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة يـــشبه في بساطة التعبير الصادر منه في نطاق القانون الخاص إلا أن التعبير عـــن إرادة الإدارة غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة متشابكة ، وقد تكون علي مراحـــل متعددة وفي فترات متلاحقة علي حسب الأحوال وعادة ما يـــسبق ذات التـــصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التـــي تمهـــد وتهيئ مولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخـــري مـــن تـــدابير وإجـــراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد وتكون ممهدة له مـــستهدفة أعمـــال أحكـــام تطبيق بنوده وطبيعي أن يكون إبرام العقد الإداري مـــسبوقا فـــي العمـــل بمرحلـــة تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات وهذا التبادل لوجهات النظـــر بـــين

---

(١) راجع " فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع رقم ٦٨٤ في ١٩٥١/١٢/١٣ "

الطرفين لا يمكن أن يولد في ذاته رابطة عقدية [٢] وهكذا يتبين لنا مما تقدم أن الإدارة قبل أن تبدأ في اتخاذ إجراءات التعاقد تخضع لبعض الضوابط يجب اتباعها قبل التعاقد وهذه الضوابط هي وجود الاعتماد المالي ، والإذن بالتعاقد ، وصدور قرار من المجالس الإدارية قبل التعاقد والاستشارات السابقة .

نبين ذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأول : وجود الاعتماد المالي

المطلب الثاني : الإذن بالتعاقد .

المطلب الثالث : صدور قرار من المجالس الإدارية قبل التعاقد

المطلب الرابع : الاستشارات السابقة

---

(٢) راجع " مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية ص ١٩٠٩ حكم ١٩٥٦/١٢/٢٣ رقم ٩٨٣ -٩-١١

المطلب الأول

الاعتماد المالي

من الشكليات التي لابد أن تراعى قبل انعقاد العقد هـو الاعتمـاد المـالي الـلازم لمواجهة الأعباء المالية التي تترتب علي العقد وعلي خلافه ويسري ذلك علي كافة تصرفات الإدارة ، ويترتب علي ذلك أن مخالفة القواعد المالية مقصور علي نطاق القانون المالي ويترتب علي ذلك:(١)

أولا : إن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب عليها بطـلان التصرف الإداري ومن ثم فإذا تعاقدت الإدارة بالرغم مـن عـدم وجـود اعتمادات مالية فإن العقد يكون صحيحا وملزمـا لـلإدارة فـي مواجهـة الأفراد.

ثانيا : إن الاعتماد المالي لا يلزم الإدارة بالتعاقد سواء كان الاعتماد يـصدر فـي صورة قانون من البرلمان أو قرار مجلس من المجـالس فبـرغم صـدور الاعتماد المالي فإن جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تعدل عن التعاقـد إذا وجدت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك فتفتح الاعتماد المالي ما هو إلا إذن بالتعاقد غير ملزم بالتصرف ومن هنا فلا يستطيع المتعاقـد إجبـار الإدارة علي الوفاء بالتزاماتها التعاقدية ما لم تبرم الاعتماد المالي وإنما يمثل ذلـك قبل الإدارة مسئولية تقع علي عاتقها سواء كانـت إداريـة أو قـضائية أو سياسية .

وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الذي تضمن :

فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلا ينعقد صحيحا ، وينتج أثاره حتي ولو لـم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتـي لـو جـاوزت حـدود الاعتماد أو لو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحـدد لاسـتخدامه

---

(١) راجع / دكتور سليمان الطماوى " العقود الإدارية " ص ٢٣٨

فمثل هذه المخالفات – لو وجدت من جانب الإدارة لا تمس صحة العقد ولإنقاذه وإنما تستوجب المسئولية السياسية ، وعلة ذلك ظاهرة، وهي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة ، ويجب من ناحية حماية هذا الغير ومن ناحية أخري عدم زعزعة الثقة في الإدارة فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدما ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لم يسمح وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود الغرض فكل أولئك من الدقائق التي يتعذر علي الفرد العادي بل الحريص علي التعرف عليها ولو جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرافق العامة [1].

ومن هنا نري أن وجود الاعتماد المالي ليس شرطا لازما لسلامة العقد ونفاذه بل يصبح العقد صحيحا وفي حالة تقاعس أحد طرفي المتعاقدين سواء كانت جهة الإدارة أو المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته نتيجة عدم وجود الاعتماد المالي لذلك فتقع عليه مسئولية تنفيذ العقد وقد لمسنا في الحكم سالف الإشارة أن المشرع حرص علي حماية الفرد المتعاقد مع الإدارة حالة عدم وجود الاعتماد المالي باعتباره طرف حسن النية وقضي بصحة العقد المبرم ولو لم يتوافر الاعتماد المالي لجهة الإدارة في ذلك دون إبطال الالتزام " وكذلك الأمر إذا جاوزت الإدارة حدود الاعتماد المالي المقرر من السلطة التشريعية أو الغرض المقصود منه فذلك لا يرتب البطلان بل يبقي تصرفها صحيحا وتلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عما أصابه من أضرار نتيجة خطأها وهو بلا شك خطأ مفترض في جانب الإدارة[2].

---

(١) حكم الإدارة العليا رقم ١٧٥ لسنة ١ ق الصادر في فبراير سنة ١٩٥٦ السنة الأولي ص ٦٩٨

(٢) أنظر للفقيه دي لوبادير المطول جـ ١ ص ١٤٣ ، وإبراهيم مشيمش إبراهيم – مقال عن الاعتمادات المالية وأثرها في المراكز القانونية للمواطنين مجلة مجلس الدولة س ٨ ، ٩ ، ١٠ سنة ١٩٦٠ ص ١٧٥ ، وما بعدها ، والطماوى العقود ط ١٩٧٥ ص ٣٢٤

ويلاحظ أنه متي وجد الاعتماد المالي اللازم فلا إجبار علي الإدارة لإبرام العقد فلها إبرامه حسبما تراه وفق المصلحة العامة ، فالاعتماد المالي ليس شـرطا ملزماً للتصرف كما سبق البيان .

إلا إنه يوجد استثناء علي هذا وهو خاص بإلزام الهيئات اللامركزية بإنفاق المبلغ التي أدرجتها الإدارة المركزية في الغرض الذي خصصت له أمـا بالنـسبة للقرارات الإدارية التنظيمية العامة في شأن تعيين الموظفين وترقيتهم لابد لنفاذهـا استئذان البرلمان بالنسبة للاعتمادات المالية المخصصة لذلك .

المطلب الثاني

الحصول علي تصريح بالتعاقد

يتطلب المشرع في بعض أنواع من العقود الإداريـة لكـي يـتم إبرامهـا الحصول علي موافقة سابقة أو إذن بإبرامها من جهة يحددها وذلـك لأهميـة تلـك العقود ، وهذا الشرط وجوبي يجب استيفائه وإلا ترتب البطلان فـي حالـة عـدم مراعاته ، ولا يستطيع الفرد المتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بصحة العقد لعدم وجود رابطة تعاقدية حقيقية بينه وبين جهة الإدارة ولكنه يستطيع أن يرجع علـي الإدارة بالتعويض علي أساس الخطأ باعتبار أن الإدارة قد أخطأت بعدم الحـصول علـي الإذن وإن هذا الخطأ حمل المتعاقد أضراراً مادية ومعنوية إما علي أسـاس قاعـدة الإثراء بلا سبب إذا استطاع أن يثبت أن الإدارة أثريت من جراء عدم تنفيذ العقـد المعدوم[1]

ويعد شرط الحصول علي إذن بالتعاقد من بين القواعد الآمـرة والمتعلقـة بالنظام العام لتعلقه بأسباب ذات صلة بالصالح العام . وللإذن بالتعاقد مـصادر قـد يكون مصدره القانون (عقود الإلتزام والقرض العام) وقد تأخـذ صـورة القـرار الجمهوري أو القرار الوزاري (عقود التوريد الكبري)

---

(١) راجع : دكتور سليمان الطماوى – العقود الإدارية المرجع السابق ص ٣٤٤ – وجيز مؤلفه في العقود ص ١٥ جـ١ ، وييكنو رسالته السابقة ص ٢١٢ ودي لوبادير – المرجع السابق ص ١٤٧ ، والدكتور / عبد الفتاح صبري أو الليل " أساليب التعاقد الإداري ص ١٦١ .

صور شرط الإذن :-

قد يكون الإذن الصادر لجهة الإدارة في إبرام العقد صادرا في صورة قانون يصدر من البرلمان أو في صورة قرار يصدر من مجلس الوزراء أو من الوزير المختص بالنسبة لموافقة البرلمان فقد دأب المشرع الدستورى في مصر منذ دستور عام ١٩٢٣ وحتي الدستور الحالي الصادر عام ١٩٧١ علي ضرورة موافقة البرلمان علي بعض العقود الهامة قبل إبرامها ومثلا علي ذات فقد نصت المادة ١٢١ من دستور سنة ١٩٧١ علي أنه " لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب . وموافقة مجلس الشعب علي العقود الإدارية ليست معناها صدور قانون بل هو إجراء وحلقة من حلقات إبرام العقد الإداري [١]

ويترتب علي إغفال هذا الإجراء انعدام العقد ولا يترتب عليه أي أثر قانوني ومن إفتاء مجلس الدولة في ذلك المبدأ قوله " فإذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب ، وإنما تكون منعدمة إطلاقا إذ أن إنفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء بالتعبير عن إدارة الدولة في عقد التبرع يعتبر منها طغيانا علي السلطة التشريعية لعدم إرادة الدولة ، ومتي انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد كان العقد باطلا مطلقا لا وجود له في نظر القانون وإنما هو واقعة مادية [٢] .

---

(١) ينتقد الدكتور سليمان الطماوى دستور سنة ١٩٧١ حينما فرق بين موافقة الشعب وإصدار قانون لأن هذا المسلك ينتهي عملا إلي ان موافقة مجلس الشعب ما هي إلا بعض من الإجراءات التي تستقل بها الإدارة كتصديق رئيس الجمهورية والنشر وتنتقد الدكتورة / سعاد الشرقاوى هذا الرأي بالقول بأن هناك إجراءات مختلفة من حيث تكييف الموافقة علي العقد بأنها إجراء من إجراءات العقد الإداري قصد به الدستور أحداث رقابة برلمانية علي العقود والمشروعات ذات الأهمية . (راجع .. د. سعاد الشرقاوى العقود الإدارية سنة ١٩٩٥ ص ٣١٥ ص ٣١٦ .

(٢) راجع فتوى قسم الرأي الصادر في ١٩٥٤/٩/٢٣ مجموعة فتوى المجلس السنة ٨ ص ٢٢٦

قد يأخذ الإذن السابق صورة قرار جمهوري من ذلك ما نصت عليه المادة ٦٩ من مشروع تقنين العقود الإدارية " يكون فتح الالتزام بمرفق عـــام بقـــانون إذ تضمن احتكاراً قانونيا أو فعليا وفي غير ذلك من الأحوال يكـــون مـــنح الالتـــزام بمرفق قومي بقرار من رئيس الجمهورية .

قد يأخذ الإذن صورة قرار يصدر من مجلس الوزراء من ذلك ما نـــصت عليه المادة ١٤ فقرة ٢ من قانون الحكم المحلي رقـــم ٤٣ لـــسنة ١٩٧٩ المعـــدل بمقتضي القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٨١ " مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الخاصة بتملك الأجانب العقارات يجوز للمجلس بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء التصرف بالمجان أو التأجير الأسمي أو بإيجار أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية في حدود خمسين ألف جنيه في الـــسنة الماليـــة الواحـــدة لغرض ذي نفع عام ، ويجب موافقة مجلس الوزراء فيما يجاوز ذلك

وقد يكون الإذن بالتعاقد صادرا من الوزير المختص من ذلك مـــا نـــصت عليه المادة ٥٠ من القانون السابق " لا يجوز للمجلس الـــشعبي المحلـــي للمدينـــة التصرف بالمجان أو التأجير بإيجار رسمي أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية إلا لغرض ذي نفع عـــام ، وبموافقـــة الـــوزير المختص بالحكم المحلي إذا كان ذلك في حدود عشرين ألف جنيه في السنة الماليـــة الواحدة .

المطلب الثالث

صدور قرار من المجالس الإدارية قبل التعاقد

للمجالس الإدارية في نظام اللامركزية شخصية معنوية ويمثل هذه المجالس عدة هيئات :

مجلس منتخب أو معين : وترد الاختصاصات عادة كلها أو معظمها باسمه مثل المجالس الشعبية المحلية في نظام اللامركزية الإقليمية في مصر ومجلس الإدارة باعتباره السلطة العليا التي تهيمن علي شئون الهيئات والمؤسسات العامة في نظام اللامركزية المصلحية

ويوجد عضو للتنفيذ ومهمته تنفيذ السياسة العامة الموضوعية ويقوم بتصريف شئون الهيئة ويمثلها في علاقتها بالهيئات والمؤسسات الأخري وأمام القضاء مثل المحافظة ورؤساء المجالس الشعبية في نظام اللامركزية الإقليمية ورئيس مجلس الإدارة في نظام اللامركزية المصلحية .[1]

" ينتقد الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى هذا التمثيل المزدوج سالف الذكر باعتبار ذلك يؤدي إلي الكثير من المشاكل في التطبيق ، ولا مخرج منه إلا بتولي المشرع هذا بالتعديل ، وقيام المجلس المحلي بانتخاب رئيسه من بين أعضائه وأن يكون هذا الرئيس هو الرئيس المحلي للوحدة الإدارية المحلية فيزول هذا الازدواج بما يترتب عليه من نتائج " [2]

– ونحن نؤيد هذا النقد علي اساس عدم جدوى ازدواج تمثيل المجالس الإدارية بوجود رئيس المجلس والمحافظ ونناشد بتركيز التمثيل علي رئيس المجلس .

---

(١) راجع دكتور الطماوى " العقود الإدارية " ص ٣١٧ ، ود . محمد النجار المرجع السابق ص ٣٦٥ .

(٢) راجع دكتور سليمان الطماوى " العقود الإدارية " ص ٣٥٥ .

وفيما يتعلق بإبرام عقود من جانب هيئة إدارية فإن العقد يمر بمرحلتين:

الأولي : مرحلة صدور قرار من مجلس الإدارة باعتباره العضو المختص بذلك .

الثانية : توقيع رئيس مجلس الإدارة للعقد باعتباره العضو التنفيذي لرغبة مجلس الإدارة

ويقع العقد باطلا ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه علي الأوضاع الآتية:

أ- **إذا أبرم** العقد بناء علي مداولات باطلة من المجلس وتقع المداولات باطلة إذا خالفت أحد نصوص القانون وذلك في حالة انعقاد المداولة بأقل من النصاب المسموح به. [1]

ب- **إذا قام** عضو التنفيذ بإبرام العقد دون وجود قرار سابق بالتعاقد من المجلس المختص، وفي هذه الحالة يغدو العمل مجردا من كل أثر ولو اعتمدته جهة الوصاية ولا يكون للمتعاقد أن يحتج بالعقد في مواجهة الإدارة ولا يطالبها بالتنفيذ ، وإنما له أن يطالب بالتعويض بناء علي المسئولية التقصيرية أو بالاستناد إلي نظرية الإثراء بلا سبب إذا استفادت الإدارة من عمله. [2]

جـ- مخالفة عضو التنفيذ للحدود والشروط المحددة في قرار المجلس بتعديل الشروط بالزيادة أو النقصان .

---

(١) راجع جيز – المرجع السابق ص ٦٣ جـ ١ ؟

(٢) راجع د. لوبادير المرجع السابق ص ١٥٤ ، وجيز – المرجع السابق جـ ١ ص ٥٩ ، وراجع كذلك د. صبري أبو الليل – المرجع السابق ص ١٧٢ وما بعدها .

المطلب الرابع

الاستشارات السابقة علي التعاقد

في بعض الأحيان يلزم المشرع جهة الإدارة بضرورة استشارة جهة مختصة قبل إبرام العقد وذلك لتلاقي المخاطر الفنية أو الاقتصادية أو قانونية ، وقد يكون القصد من الاستشارة هو تمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة علي عملية إبرام العقد ، وهذه الاستشارات قد تكون ملزمة لجميع الجهات الحكومية ومنها ما هو يقتصر علي جهة إدارية بعينها.

أولا : في بيان الجهات التي يتعين علي جهة الإدارة استشاراتها قبل إبرام العقد

أ – مجلس الدولة

تنص المادة ٥٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن تنظيم مجلس الدولة علي أنه " لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها علي خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة .

وأنه وإن كان رأي مجلس الدولة في هذه الحالة استشاري إلا أنه يترتب علي عدم عرض العقد عليه للمراجعة أن يصبح العقد مخالفا للقانون إلا أن مجلس الدولة انتهي إلي أن إبرام العقد أصبح في هذه الحالة أمراً واقعيا [(١)]

- "وتقتصر مراجعة مجلس الدولة علي العقد من الناحية القانونية وتترك الناحية المالية للجهاز المركزي للمحاسبات ولا يوجد تعارض بينهما" [(٢)]

وتنص المادة ١٣٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في باب الأحكام العامة علي أنه " لا يجوز إضافة أو حذف أو تعديل أي شرط أو مادة

---

(١) راجع في ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٠٧٥ المؤرخة ١٩٦٠/١٢/١٧

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع رقم ١٩٦١/٢/٤.

في الاشتراطات العامة أو الخاصة التي يتعين إقرارها من الجهات المختصة مراجعة العقود بمجلس الدولة إلا بعد الرجوع إليها وموافقتها

ومن أمثلة هذه الاستشارات السابقة في فرنسا ما ينص عليه القانون الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٥٣ والمادة الأولي من قانون ١٨ أغسطس ١٩٤٧ من ضرورة قيام كل وزارة من أخذ رأي اللجان المركزية الاستشارية للعقود وكذا في ضرورة إخضاع عقود المرافق العامة للتصديق من جانب الجمعية الاستشارية إذا تجاوزت قيمة العقد عشرين مليون من الفرنكات [١]

بـ استشارة جهات إدارية بغرض تمكين جهة الوصاية من ممارسة حقها في الرقابة السابقة

وأمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ والمعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ علي أنه " يختص المجلس الشعبي المحلي للمحافظة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى في نطاق المحافظة وطبقا للقواعد المقررة في هذا القانون ولائحته التنفيذية بما يأتي :

أ – الإشراف والرقابة علي أعمال ونشاط هذه المجالس .

ب – التصديق أو الاعتراض علي القرارات التي تصدر من هذه المجالس في الحدود التي تقررها اللائحة التنفيذية. [٢]

والاستشارات السابقة علي عملية إبرام العقد لها وضعان قانونيان فهي أحيانا تكون ملزمة للجهة الإدارية وأحيانا لا تكون ملزمة لها ونبين ذلك كالآتي :

أـ استشارات غير ملزمة :

" وهذه الاستشارات تكون من قبيل الاستشارات علي سبيل الاستدلال وليس فيها إلزام من جانب المشرع علي ملائماتها من حيث الموضوع ، ولكن علي جهة الإدارة أن تطلب الاستشارة من الجهة التي يحددها القانون كإجراء من الإجراءات الشكلية ، وإذ أوجب المشرع علي جهة الإدارة إجراء هذه الاستشارة

---

(١) راجع في ذلك د. صبري أبو الليل " أساليب إبرام العقد الإداري " ص ١٨٤ وما بعدها

(٢) يراجع نص المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه لتفصيل هذه المادة

ساقط من الأصل

ساقط من الأصل

المبحث الثانى

أساليب إبرام العقد الإداري ومراحلها

إذا كان العقد الإدارى شأنه شأن سائر العقود المدنية يتم بتوافـــق إرادتـــين تتجهان إلى إحداث أثراً قانوناً معيناً علي الالتزام أو تعديله [1] إلا أن هذا لا يعنـــي التطابق التام بينهما فللعقد الإدارى طرق معينة لإبرامه ينفرد بها عما هو متبع فـــي مجال القانون المدنى . وتتـــداول هـــذه الاســـاليب بـــين المناقـــصة العامـــة L,a djudication) والممارسة (L, appel – D'offre) والاتفاق المباشـــر les) marches negocies . ويعتبر أسلوباً المناقصة والممارسة العامة هما القاعـــدتان الأساسيتان فى التعاقد الإدارى أما الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر اســـتثناء من هذين القاعدتين ســـالفتى الذكر.[2]

وقد رسم المشرع لكل أسلوب منها حدوده بين حالاته والإجـــراءات التـــي يقتضى الأخذ بها من خلاله ولكل من هذه الطرق مجال أعماله فلا يجوز أن يختلط من خلافه بغيره من الطرق الأخرى [3] هذا بالنسبة **للنظام القانونى المصرى** أمـــا فى ظل **النظام القانونى الفرنسى** فالأصل هو حرية الإدارة فى اختيـــار المتعاقـــد معها وفقا للأسلوب الذى تراه محققا لمصلحتها فتستطيع جهة الإدارة أن تختار بين المناقصة والممارسة .

كما لها أن تأخذ بأسلوب الاتفاق المباشر في حالات محدودة علي ســـبيل الحصر [4]

---

(١)د/ أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة فى العقود الإداريـــة – دار النهـــضة العربيـــة ١٩٧٣ صـــ ٨ .

(٢) راجع نص المادة الأولى من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع – الصادر – فى ١١ من إبريل سنة ١٩٩٠ منشور بمجموعة العقود صـــ ٢١٠

(٤) راجع في ذلك : A. de laubadere f. Moderne . P. Delvolve op.cit- p. ٦٥٤ - G jeze – les principes Generauz du Driot Administratif – L. G. D. J ed. ٣- ١٩٣٦ – p.٧٠

وسوف نعرض بإيجاز في السطور القادمة كلمة عن كل طريقة من طــرق التعاقد الإداري كأحد أساسيات موضوع العقد الإداري .

أولا : المناقصة

المناقصة هي مجموعة من الإجراءات التي رسمها المشرع بغاية الوصول إلي أفضل المتناقصين سعرا وشروطا توطئه للمتعاقد معه [١]

وتعد المناقصة في النظام القانوني المصري هي الطريق الاساسي للمتعاقد الإداري ويجوز الاستعانة بأخرى للتعاقد في حالات محددة علي سبيل الاستثناء[٢]

أما في النظام القانوني الفرنسي فلم تعد المناقصة هي الأســلوب الأصــيل للمتعاقد بل الأمر يتعلق باختيار الإدارة بإجراء سابق علي إبرام العقــد يتــيح لهــا حسن اختيار المتعاقد الأفضل شروطا والأقل سعرا سواء تم ذلك بأسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر في الحالات المحددة قانونا .

ومع ذلك فقد أوجب المشرع الفرنسي الالتزام بأســلوب المناقــصة فــي حالات محددة [٣] وللمناقصة وفقا لتقنين العقود الفرنسي نمطين هما :

المناقصة المفتوحة (Ouverte) أي المتاحــة للكافــة ، **والمناقــصة المقيــدة (Restriente)** التي يقتصر حق الاشتراك فيها علي أشخاص أو بيوتِ تجاريــة مسجلة لدي الجهات الفنية التابعة للسلطة الإدارية [٤] .

يخضع تنظيم أساليب التعاقد الإداري في فرنسا لتقنين العقود الإدارية الــصادر بمرســوم ٢٢٩ - ٦٣ في ١٧ من يوليو سنة ١٩٦٤ وتعديلاته وتضمنت المادة ٨٣ من المرسوم رقم ١٣١٠/٩٢ الصادر في ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٩٢ المكمل لتقنين العقود الفرنــسي علــي أساليب التعاقد الإداري راجع في ذلك : Code . Administratif – Dolloz – ed – ٢٥ – ١٩٩٨ – p. ١٠٦٢

(١) أحمد منصور – المشكلات العلمية في المناقصات والمزايدات الطبعة الأولي ١٩٩٥ ص ١٩

(٢) المادة الأولي من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات

(٣) أوجب المشرع الفرنسي أتباع أسلوب المناقصة بالنسبة للتصرفات العقارية لأملاك الدولــة وبعض التصرفات المتعلقة بمنقولات الدولة.

(٤) راجع لمزيد من التفصيل laubadere . et op. Cit- ٥٩٢ ets

أما القانون المصري فيقسم المناقصة إلي مناقصة عامة كقاعــدة أساســية فضلا عن المناقصة المحدودة المقتصرة علي فئة معينة أو على مستوى إقليم معين . وأما ظهور ظاهرة العولمة الجديدة فبدأ في الانتشار نوع جديد مــن المناقــصات يسمي باسم المناقصات الدولية أو العالمية .

وتمر المناقصة كأحد طرق التعاقد الإداري بعدة مراحل أساسية سواء في فرنسا أو في مصر بدءا من الخطوات التمهيدية بالحصول علي الإذن المــالي والتــرخيص بالتعاقد ومرورا بالإعلان عن المناقصة أو توجيــه الــدعوة للمتعاقــد ثــم تقــديم العطاءات من جانب راغبي التعاقد ثم مرحلة فتح المظاريف بواسطة لجنــة فنيــة وقانونية ثم صدور قرار من السلطة المختصة بقبول إبرام العقد أو رفضه .

ويخضع التعاقد بأسلوب المناقصة لعدة ضوابط أساسية في فرنسا ومــصر – أهمها مبدأ العلانية أي توجيه الدعوة للمتعاقد لكافة أو لفئة معينة ومبدأ التنــافس le prinip de concurrence أي إثارة روح المنافسة بين مقدمي العروض بغية الوصول إلي أفضلها ، هذا فضلا عن خــضوعها لمبــدأ المــساواة بــين مقــدمي العروض .

أما المبدأ الهام الذي تمتاز به المناقصة عن غيرهــا مــن طــرق التعاقــد الإداري هو مبدأ إرساء المناقصة علي العطاء الأقل سعرا والأفضل شــروطا [١] Le moinsdisant et plus favorable ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في عــدم قبول أي تحفظات أو تعهدات من مقدمي العطــاء خــلال المهلــة المحــددة فــي الإعلان[٢]

بينما يبدو مجلس الدولة المصري اكثر مرونة في هذا الصدد وذلــك بأنــه

---

(١) راجع نص المادة الأولي من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إذ ورد بها : –
..... يكون التعاقد علي شراء المنقولات .... عن طريق مناقصات عامة .... ومع ذلــك يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدي الطرق الآتية :
– أ– المناقصة المحدودة ب– المناقصة المحلية

(٢) نذكر من أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادر في هذا الصدد :
C.E ٢٤ Janv – ١٩١٩ – clazel – Rec.p.٦٨
C.E ١٤ Fev – ١٩٧٥. M erlin et autre Rec. p. ١٠٩
R.D.P – ١٧٠٥ note – Waline

يسمح لمقدمي العطاءات إدراج ما شاء من تحفظات اللهم ما يتعارض منها مع الشروط الجوهرية للمتعاقد[٣]

ثانيا : الممارسة : L, appel d' offres

تعتبر الممارسة طريقة من طرق التعاقد الإداري وفيه يتيح للإدارة حرية اعتبار المتعاقد معها دون الالتزام بمبدأ آلية إرساء العطاء المعروف في المناقصة مع مراعاة اعتبارات الصالح العام واحترام القواعد التي أعلنت عنها لتنظيم عملية التعاقد

ويتخذ التعاقد بطريق الممارسة في فرنسا نمطين أساسيين هما

الممارسة عن طريق إجراء المناقصة ويستهدف هذا النمط إخضاع المرشح لأكبر قدر من المنافسة من خلال اتباع إجراءات المناقصة دون التزام الإدارة باختيار متعاقد بعينه. [١]

أما النمط الثاني فهو الممارسة في إطار مسابقة حينما لا تحدد الإدارة احتياجاتها بمواصفات دقيقة ويتولي الموردون والمقاولون أنفسهم عملية التوريد الدقيق للاحتياجات التي ترغب الإدارة في إشباعها [٢] . أما في مصر فإن الممارسة تأخذ صورتين : الممارسة العامة وتعتبر طريقا أصيلا للمتعاقد الإداري في مجال التعاقد علي شراء المنقولات وأداء الخدمات ويتم توجيه الدعوة للاشتراك فيها لكافة الشركات والمقاولين والهيئات

والممارسة المحدودة ويكون التعاقد بهذه الطريقة في حالات محددة علي سبيل الحصر ، وتوجه الدعوى فيها لشركات محددة أو هيئات أو مقاولين محددين

---

(٣) من أحكامه الصادرة في هذا الصدد C. E ١٤ Oct . Montel Rec – p.٨٣٨
C.E ٢٥ Juill ١٩٣٩ Dame vre Cautron – Rec – p. ٥٢٩

(١) من أحكام محكمة القضاء الإداري في هذا المعني الحكم الصادر في ٣٠ من يونيه سنة ١٩٥٧ في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق وراجع كذلك نص المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية القانونية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات .

(٢) د/ عبد الفتاح صبري أبو الليل – أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق ص ٣٥٥ .

(٣) فضلا عن ذلك تنقسم الممارسة من حيث نطاقها الإقليمي إلي ممارسة داخلية وممارسة خارجية

ثالثا : الاتفاق المباشر (Les marches regocies)

الاتفاق المباشر طريق من طرق التعاقد الإداري تستعمله جهة الإدارة في الحالات العاجلة التي لا تتحمل إجراءات المناقصة ويتم ذلك في إطار من الحدود والضوابط التي يتطلبها القانون

يخضع التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر لعدة ضوابط أهمها ضرورة موافقة السلطة الإدارية علي استخدام هذا الأسلوب ، هذا فضلا عن تقديها بقيود معينة. (٤)

حرص المشرع الفرنسي علي تحديد حالات الاتفاق المباشر علي سبيل الحصر في صلب القانون المنظم للعقود وتعديلاته .

ويتجلي ذلك في نمطين أساسيين هما :

أ- التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في إطار تنافس من خلال اتباع إجراءات تنافسية مسبقة بين الراغبين في التعاقد لإتاحة الفرصة لأكبر عدد للدخول في هذه المنافسة

ب- التعاقد بغير أسلوب المنافسة وهذا يخص بعض حالات معينة يغلب عليها طابع الاحتكار . **أما المشرع المصري** ، فلم يتبع أسلوب التعداد علي سبيل الحصر في تحديد حالات التعاقد بطريق الاتقاق المباشر ، وإنما اكتفي بتحديد الضوابط العامة والمالية المنظمة لهذا الأسلوب التعاقدي .

---

(٣) راجع في تحديد حالات التعاقد بأسلوب الممارسة المحدودة نص المادة الخامسة من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات .

(٤) راجع في إطار القيود التي فرضها المشرع المصري عند إتباع طريق الاتفاق المباشر كطريق من طرق التعاقد الإداري المادة رقم ٥١ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

المطلب الأول

مراحل إبرام العقد الإداري

L'coclusion du contrat

تقديم وتقسيم

بعد المرحلة التمهيدية لميلاد العقد الإداري تبدأ المرحلة الفعلية لانعقاد العقد الإداري ، وهي مرحلة إبرام العقد الإداري أو مرحلة التعاقد ، وتتشابه هذه المرحلة مع نظيرتها في العقد المدني عندما يتلاقي رضا أحد المتعاقدين مع رضا الطرف الآخر ، إلا أنه ينبغي أن يستدعي الانتباه إلي أن تعبير الجهة الإدارية عن إرادتها غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة ومتشابكة قد تكون علي مراحل متعددة وفي فترات متلاحقة علي حسب موضوع التعاقد .

وقد أتيح لمحكمة القضاء الإداري أن تعبر عن هذا المعني في أحد أحكامها الصادر في ٢٣ من ديسمبر سنة ١٩٥٦ والتي قالت فيه.

" أن النظرية القانونية العامة في العقود الإدارية ، تبدأ علي قرار مثيلتها في العقود المدنية بالنقص عن شروط تكوين العقد الإداري ، ومن بعدها يبحث عن شروط صحة انعقاد العقد وطرائقه من حيث اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة وإعداد شروط التعاقد ، وتتكون العقود التي تبرمها الإدارة في العادة من عملية أكثر تعقيدا منها في العقود المبرمة بين الأفراد ، ويبرز أشد أنواع هذا التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة التي تكون طرفا في العقد الإداري ، كما يتكون العقد المدني من تلاقي رضاء كل من الطرفين المتعاقدين لرضاء الآخر ، وإذا كان التعبير عن إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة ومتشابكة ، فقد تكون علي مراحل متعددة وفي فترات متلاحقة علي حسب الأحوال ، وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد هذا التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخري من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد وتكون مكملة له مستهدفة إعمال أحكامه وتطبيق بنوده وطبيعي أن يكون إبرام العقد

الإداري مسبوقا في العمل بمرحلة تحضيرية تتداول خلالها المباحثات والمفاوضات ، وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد لا يمكن أن يولد في حد ذاته رابطة عقدية .

يستفاد من الحكم السابق أن مرحلة إبرام العقد أو مرحلة التعاقد تتكون من عدة مراحل متتابعة فبداية يتم تعاقد الإدارة عن طريق إعلان تدعو فيه جهة الإدارة الأفراد إلي التقدم بعطاءاتهم وهذا الإعلان ليس إيجابيا من جانب الإدارة بل هو دعوى إلي التعاقد وعند تلبية الأفراد هذه الدعوى والتقدم بعطاءاتهم فإن هذا الإجراء يعد من جانب الأفراد بمثابة إيجاب ولا يتم استكمال عملية التعاقد إلا بصدور قبول بعد ذلك من قبل جهة الإدارة .

تقسيم :

رأينا فيما سبق أن عملية إبرام العقد الإداري تمر بثلاثة مراحل كالآتي :

الفرع الأول : الإعلان (دعوة للتعاقد)

الفرع الثاني : الإيجاب (التقدم بالعطاء)

الفرع الثالث : القبول والموافقة علي العقد من قبل الجهة الإدارية المختصة

الفرع الرابع : مرحلة الاعتماد والتصديق علي العقد .

وهكذا نسرد في النقاط التالية كلمة موجزة عن كل مرحلة من المراحل السابقة

الفرع الأول

مرحلة الإعلان

(دعوى للتعاقد)

تقوم جهة الإدارة الراغبة في التعاقد بالتعبير عن هذه الرغبة في إطار إعلان بمواصفات معينة متضمنا الشروط العامة للمتعاقد ، والمدة المحددة لتقديم المتعاقدون بعروضهم .

ويلاحظ أن المشروع في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أطلق طريقة الإعلان بأية وسيلة إعلان واسعة الانتشار إلي جانب الوسيلة التقليدية وهي الصحف اليومية ، وفي هذا مسايرة من المشروع مع روح التحول الاقتصادي العالمي المعاصر وما انتهجته الدولة من سياسات ترمي إلي تشجيع القطاع الخاص وإرساء مناخ الاقتصاد الحر .

ويعد الإعلان (La publication) بمثابة دعوة للتعاقد موجهة إلي الكافة أو إلي فئة معينة بحسب طريق أو وسيلة التعاقد الذي تتعامل به الإدارة وتتطلبه الاحتياجات الفعلية والمصلحة العامة. [1]

فعلي سبيل المثال المناقصة العامة تعلن إجراءاتها للكافة في حين يقتصر الإعلان عن المناقصة المحدودة علي فئة معينة من المقاولين أو الموردين... [2]

ويجب أن يتضمن الإعلان المدة المحددة لتلاقي العطاءات والمدة المناسبة لسريان العطاءات .

فعلي سبيل المثال تنص المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات سالف الذكر علي أنه " تحدد مدة قدرها ثلاثون يوما علي الأقل لتقديم العطاءات في المناقصات العامة وذلك من تاريخ أول إعلان عن

---

(١) راجع في ذلك المادة الأولي من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رق ٨٩ لسنة ١٩٩٨

(٢) راجع علي سبيل المثال نص المادتين ٣٥ ، ٣٧ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

المناقصة في الصحف اليومية ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن عشرين يوما [1] .

ويراعي تضمين شروط الطرح المدة المناسبة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد علي ثلاثة أشهر علي أنه في حالات الضرورة التي تحتمها طبيعة وظروف موضوع التعاقد فيجوز بموافقة السلطة المختصة تضمن الشروط مدة تجاوز ذلك ، وتحسب مدة سريان صلاحية العطاءات اعتباراً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية .

ونظرا لأن الإعلان ما هو إلا دعوة إلي التعاقد ، والتقدم بالعطاءات وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن فيها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يتلقي عند قبول الإدارة لينعقد العقد ذلك تعد الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان شروطا ملزمة الأداء و يجب علي الإدارة احترامها من حيث كيفية إجراء النشر وعدد مراته واشتماله علي كافة العناصر للتعرف علي موضوع المناقصة .

ويلاحظ أن مرحلة الإعلان تنطوى علي مبدأي المنافسة والمساواة [2] بين المتقدمين الراغبين في التعاقد .

وتراعي جهة الإدارة المتعاقدة تطبيق هذين المبدأين بكافة شروطهما علي كافة المتعاقدين وألا شاب إعلانها عن التعاقد البطلان [3] .

---

(١) راجع الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٣ الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثامن عشر ص ٧٤٨ المحكمة الإدارية العليا .

(٢) يري بعض الفقهاء استبعاد مبدأ الإعلان كعنصر مستقل من عناصر المناقصة والاكتفاء بمبدأ المنافسة والمساواة * أنظر دي لوبادير في المطول في القانون الإداري ص ٢٦٥

(٣) يري بعض الفقهاء أن عدم الإعلان عن المناقصة أو عدم صحة صحفية الإعلان أو مخالفة المواعيد يعد عيبا جوهريا يستوجب بطلان المناقصة أنظر في ذلك الفقيه لوبادير في المطول في العقود جـ ١ ص ٢٦٢ ، د/ سليمان الطماوى العقود صـ ٢٢

الفرع الثاني

الإيجـــاب

عـــام :

من المعلوم أن العقد فى القانون المدنى يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتيهما ويشترط توافق الإرادتين وتطابقهما مع ما يقرره القانون من قواعـــد أخرى حسبما تقضى بذلك المادة ٨٩ من القانون المـــدنى ، والتعبيـــر عـــن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة ، وقد يكون باتخاذ موقف لا تدعو ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود (م ٩٠ مدنى ، ويجوز أن يكـــون التعبيـــر ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون التعبير صـــريحا ٩٠/٢ مدنى) .

إذا كان هذا هو الوضع بالنسبة للقانون المدنى فإن الوضع ليس كذلك فـــى تعبير الإدارة عن إرادتها فى إبرام العقد . فالفقه [(١)] والقضاء [(٢)] مستقران على أن تقدم الشخص بالعطاء بعد أن يتم الإعلان عن المناقصة هو الإيجاب والتزام المقـــدم بالعطاء على إيجابه أساسه الإرادة المنفردة ، وهذا مبدأ عام فى العقود الإداريـــة ، ويؤيده التشريع . (م ٥٩ من اللائحة التنفيذية لقـــانون المناقـــصات والمزايـــدات العامة) .

فتقدم المتعاقد مع الإدارة بعطائه يعتبر إيجابا حيـــث إن شـــروط التعاقـــد مقبولة منه وعليه أن يلتزم بالبقاء على عطائه منذ صدوره . وقد تـــضمنت المـــادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايـــدات علـــى مبدأ المساواة وحرية المنافسة وهما تطبيقان لمبدأ المساواة أمام القانون بمعنـــى أن

---

(١) راجع دى لوبادير " المطول فى العقود " جـــ ١ ص ٢٦٦ ، ص ٢٦٧ ، وكـــذلك الـــدكتور سليمان الطماوى " الأسس العامة للعقود " ص ٢٥١ .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر فى ٢٨/ ١٩٢٩/١ فى قضية Soconde beausaleil المجموعة ص ٤٧ .

يكون أمام كافة المواطنين فرص متكافئة للاشتراك قانونا في المناقصات ولا يتعارض ذلك مع ما للإدارة من حرية في وضع شروط تستبعد بعض هؤلاء الأفراد الذين لم تتوافر فيهم هذه الشروط .

وتصنف الشروط التي يجب أن تتوافر في المتقدمين للمناقصات إلى عدة أنواع منها ما رجع إلى طبيعة المناقصة وإلى شخصية المتناقص والنواحي المالية والجنسية والإقامة . فبالنسبة لطبيعة المناقصة فقد تتطلب المناقصة قصر الاشتراك فيها على أفراد معينين مثل المناقصات المحدودة أو المحلية فيقتصر حق الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين الذين تقرر الجهة الإدارية التعامل معهم من المقيدين بالسجل الخاص (١) .

ويشترط من ناحية طبيعة المتناقص أن يكون حسن السمعة . وأكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ بقولها " إن للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يستمتعون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق ولا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة.(٢)

وبالنسبة للناحية المالية اشترط المشرع أن يكون تقديم العطاء بتأمين مؤقت ونهائي لضمان جدية التعاقد .

بالنسبة لشروط الجنسية :

جرى القضاء الفرنسي في أول الأمر على إبطال هذا الشرط فيشترط أن يكون مقدم العطاء من مواطني الدولة أو متمتعا بجنسية الدولة وعدل القضاء الفرنسي عن هذا المسلك طواعية للمصالحة التي تتعلق بطبيعة العقد أو مدى السلطات التي يخولها للمتعاقد أو بقصد حماية المواطنين ، واعترف القضاء الفرنسي بشرعية هذا الشرط في سائر العقود الإدارية.(٣)

---

(١) راجع د. ثورية لعيوني – المرجع السابق ص ٣٠٣ ، كذلك د. أبو الليل أساليب تعاقد جهة الإدارة ص ٣١٢ .

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٢/٢/١٧ – السنة السابقة ص ٣٣٤ .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٤/١١/٩ قضية smith المجموعة ص ١٠٤٠ .

أما فى مصر

فإن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات أو ما قبلـــه القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ وكذلك القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ لم تتــضمن مــا يشير إلى اشتراط الجنسية المصرية فى المتناقص إلا أنها أشارت إلـــى مــا يفيــد تشجيع الصناعات المصرية .

من ذلك ما نصت عليه المادة ١٦ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فى الفقـــرة الأخيرة أنه "يعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الإنتاج المحلى أو عــن أعمـــال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعرا إذا لم تتجاوز الزيـــادة (١٥%) مــن قيمة أقل عطاء أجنبى " . كما تشترط المادة ٦١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقــم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه "يجب أن يكون مقدم العطاء مقيما فى جمهوريـــة مـــصر العربية أو يكون له وكيل فيها وإلا وجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل المعتمــد منه فى ج.م.ع فيما لو رست عليه المناقصة وأن يبين فى عطائـــه العنـــوان الـــذى يمكن مخابرته فيه ويعتبر إعلانه صحيحا .

تقديم العطاءات

تقدم العطاءات فى المناقصة بناء على الإعلان الذى تصدره جهـــة الإدارة والذى توضح فيه الشروط والمواصفات المطلوبة فى موضوع المناقصة أو نوعيـــة مقاولات الأعمال موضوع التعاقد .

وبناء على هذا الإعلان يستطيع كل من يرغب فى دخـــول المناقـــصة أن يتقدم بعطائه متضمنا السعر الذى يريد التعاقد على أساسه خلال المدة التى تحـــددها الجهة الإدارية الراغبة فى التعاقد وبفوات هذه المدة المحددة فى تقـــديم العطـــاءات يسقط حق المتعاقد فى التقدم للمناقصة ، وقد حددت المادة ١٤ من اللائحة التنفيذيـــة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات تلك المدة بأنها ثلاثون يوما على الأقل لتقـــديم العطاءات فى المناقصات العامة من تاريخ أول إعلان فى الصحف اليومية ويجـــوز تقصير هذه المدة إلى عشرين يوما بعد موافقة السلطة المختصة .

أما بالنسبة للعطاءات التى تقدم بعد المدة المحددة لتقـــديم العطـــاءات فقـــد

نصت المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " أى عطاء أو تعديل فيه يريد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف الفنية يجب تقديمه فور وصوله إلى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة.

ويسرى مدى سريان صلاحية تقديم العطاء منذ التاريخ المحدد لفتح المظاريف على أن يتم البت فى المناقصة والإخطار فى حالة القبول فور انتهاء مدة صلاحية سريان هذا العطاء ، فإذا تعذر ذلك فعلى الجهة الإدارية أن تطلب فى الوقت المناسب إلى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم إلى المدة اللازمة . ويلاحظ أن إعلان الإدارة عن المناقصة وفتحها لمن يشاء لا يعتبر إيجابا فى العقد إنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد ، وتقديم العطاء من المتقدم للمناقصة يعتبر إيجابا حقيقيا وعليه الالتزام بالبقاء على إيجابه حتى تعلن نتيجة المناقصة ، ولكنه يوجد استثناء من ذلك وهو حالة عدم سحب المتقدم لتأمينه بعد إرساء العطاء على غيره أو عدم إخطار الجهة الإدارية بالعدول عن العطاء فى هذه الحالة تتوافر قرينة قانونية مؤداها أن المتقدم يقبل استمرار الارتباط بعطائه بعد استمرار مدة سريانه إلى أن يتم البت فى المناقصة .

وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٩٦/٦/١٤ بأنه " إن ترك المتعهد التأمين المؤقت عند انقضاء مدة سريان عطائه يعتبر قرينه قانونية على قبول استمرار ارتباطه بعطائه بيد أن هذه القرينة لا تسد السبيل فى وجه المتعهد بغير مخرج ، وإنما ترتفع إذا انتفى الافتراض القائم عليه أى إذا تقدم المتعهد لاسترداد التأمين المؤقت ومؤدى ذلك أن إيجاب المتعهد لا يسقط بمجرد انقضاء مدة سريان العطاء ولكنه يبقى قائما إلى أن يصل إلى علم الجهة الإدارية طلبه سبح التأمين المؤقت [1]

والأصل أن يقدم الإيجاب خاليا من أى تحفظ ، إلا أنه يجوز أن يتضمن

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٩/٦/١٤ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ١١ ق الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثامن عشر صـ ٧٩٣ .

تحفظات بنوعيات ودرجات متفاوتة ، فقد يكون التحفظ صريحا أى أنـــه الموجـــب بفرضه قاصدا به تقييد إبرام العقد ابتداء ، كما يمكن أن يكون الـــتحفظ ضـــمنيا أى يستفاد من الظروف .

ويعقب تقديم العروض خطوة أخرى تخلص فى فحص هذه العروض مـــن خلال لجنة مؤهلة فنيا وقانونيا وماليا تسمى بلجنة البت وذلك بهدف الوقوف علـــى مدى مطالبة هذه العروض لشروط التعاقد المعلن عنها والمثبتة بكراســـة الـــشروط والمواصفات . ويلاحظ أنه يترتب على تقديم العطاءات التزام المتعاقد بالإبقاء على عطائه منذ لحظة تقديمه حتى لحظة البت فيه فلا يجوز لـــه ســـحب عطائـــه أو أن يعدله إلى أن تعلن نتيجة المناقصة .

وقد أوضحت ذلك المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذيـــة لقـــانون المناقـــصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فنصت على أنه " يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عـــن ميعـــاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية وحتى نهاية مدة سريان العطاء المحـــددة باســـتمارة العطاء المرافقة للشروط .

ولكن يرد على ما سبق استثناءان هما : [١]

أولا : حق مقدم العطاء فى تعديل عطائه بعد تقديمه ولكن بعـــدة شـــروط منها أن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالأسعار دون شروط العطـــاء ، وأن يكون التعديل بتخفيض الأسعار الواردة فى العطاء إذا كان الأمر متعلـــق بمناقـــصة أما فى المزايدة فيجوز التعديل بزيادة الأسعار ، وأخيرا أن يصل التعديل إلى جهـــة الإدارة قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف . [٢]

---

(١) ود/ فؤاد العطار " مقال وسائل تعاقد الإدارة مجلسة مجلس الدولة السنة ٥ صـــ ٢٨٠ ومـــا بعدها . راجع لمزيد من التفاصيل فى ذلك د/ أحمد عثمان عياد "مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية عام ١٩٧٣ صـــ ١٤٠ وما بعدها ، وراجع متن المادة ٦٣ مـــن اللائحـــة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

(٢) فى فرنسا بخلاف الوضع فى مصر فلا يجوز لمقدم العطاء الرجوع فى عطائه إطلاقا حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء.

ومن قضاء المحكمة الإدارية العليا فى هذا الصدد " أنـه منـذ أن يـصدر مقدم العطاء عطاءه يظل ملتزما به ولا يكون له إلا أن يعدل عنه كله أو أن يخفض ما ورد به من أسعار على أن يتم ذلك فى الحالتين قبـل الموعـد المحـدد لفـتح المظاريف ومن ثم فإنه لا يكون له أن يعدل عطاءه بما يزيد عن الأسعار التى تقدم بها ، ولو كان قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف لأن المشرع قد خصص التعـديل الجائز بأنه التعديل الذى يتضمن خفض الأسعار ، وبالتالى فلا يجـوز أن تقـاس عليه حالة رفع الأسعار وإلا كان ذلك خروجا على صريح النص كما لا يجـوز أن تقاس هذه الحالة العدول عن العطاء بمقولة أن التعديل برفع الأسـعار مـا هـو إلا عدول عن عطاءه وتقدم لعطاء جديد ذلك أن ثمة فرقا بين العدول والتعديل ، ففـى **الحالة الأولى** يعدل مقدم العطاء عن عطاءه وينسحب من المناقصة كلية ويترتـب على ذلك فى الأصل استحقاقه لما أودعه من تأمين إلا أنه لا يصرف له جـزاءات على عدوله عن المناقصة.

أما فى **الحالة الثانية** فهو يظل متمسكا بعطائـه الأول الـذى أودع عنـه التأمين المؤقت ومن ثم لا يستحق له هذا التأمين غايـة الأمـر أن يطلـب تعـديل العطاء الذى تقدم به ، وعلى ذلك فلا يجوز أن يقاس هذا التعديل على العدول لأنـه ليس ثمة نية للانسحاب كلية من المناقصة كما أنه ليس هناك عطـاءان مـستقلان يمكن فصل كل منهما عن الآخر بحيث يقال إن مقدم العطاء سـحب الأول وقـدم الثانى ، ولو صح ذلك جدلا لكان العطاء الثانى غير مصحوب بتأمين مؤقت لـذلك لا يلتفت إليه ولا يجوز أن يقال أن التأمين المؤقت المدفوع عن العطـاء الأول قـد انتقل للعطاء الثانى لأن الغرض أن العطاءين مستقلان وأن هذا التأمين قـد أصـبح حقا لجهة الإدارة بالعدول عن العطاء الأول. (1)

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٢٥٥ لسنة ٢٥ ق جلـسة ١٩٨٢/٦/٢٦ وبـنفس المضمون راجع الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ملف رقـم ٣٣/١/٧٨ جلـسة ١٩٦٥/٣/١٠ . الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثامن عشر قاعدة رقم ٤٨٩ صـ٧٦٣ .

الفرع الثالث

مرحلة القبول

L'approbation

القبول هو تعبير عن إرادة جهة الإدارة عن موافقتها على العرض المقدم من المرشح للتعاقد فى ضوء ما تسفر عنه لجان الفحص والبت من توصيات ، ولا ينعقد العقد الإداري إلا بموافقة وقبول صريح من جانب الإدارة أو السلطة الإدارية فى ذلك ولا ينفى ذلك إمكانية انعقاد العقد استنادا للقبول الضمنى [1] ولا يتحقق وجود القبول ولا ينتج أثاره القانونية إلا عندما يتصل علم الموجب بقبول عطائه .

وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها " إن القبول فى العقود الإدارية تعبيرا عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانونى ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، ولا يعتبر التعاقد تاما إلا إذا علم الموجب بقبوله ويظل الموجب مرتبطا بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول فلا يصبح الإيجاب ملزما بعد أن فقد ما توفر له من الإلزام ويسقط سقوطا تاما. [2]

وتمر مرحلة القبول فى العقد الإدارى بمرحلتين هما :

أ- المرحلة التمهيدية :

تشمل هذه المرحلة إجراءات البت فى العروض المقدمة فى ضوء الشروط التى يفرضها أسلوب التعاقد المعلن عنه ، وبما يحقق مصلحة الإدارة فى التعاقد مع مقدم العرض الأفضل ، وتتم إجراءات البت من خلال لجنة مؤهلة لهذا الغرض فنيا وماليا وقانونيا .

وتشمل المرحلة التمهيدية أيضا المباحثات والمفاوضات التى تتم بين الإدارة ومقدمى العروض أو تحديد مع المرشح للتعاقد ، وذلك بهدف تمكينها من

---

(١) Laubadere. et. Autres op. Cit p ٥٠٩

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٣ .

الوصول إلى أفضل تصور ممكن للعرض المقدم ، فضلا عن إزالة أى مجال للغموض حول مضمون وشروط العقد .

ومن هنا نرى أن اختيار المتعاقد من قبل لجنة البت ما هو إلا اختيار تمهيدى مؤقت لا يصبح نهائيا إلا بعد اعتماده من الجهة المختصة ، ولا تتم الرابطة التعاقدية إلا بعد صدور قرار الإرساء من الجهة التى تملك إبرام العقد (١)

وينحصر دور الجهة الإدارية بعد اختيار المتعاقد من قبل لجنة البت فى أمرين :

أولهما : إما أن تعتمد قرار لجنة البت وتبرم العقد .

وثانيهما : أن تلغى التعاقد .

نتناول بإيجاز كلمة مختصرة توضح ذاك الأمرين :

أولا : حالة اتجاه الجهة الإدارية نحو التعاقد مع المتعاقد الذى عينته لجنة البت :

تتقيد جهة الإدارة فى التعاقد مع المتعاقد الذى حددته لجنة البت ، ولا تستطيع أن تستبدله بغيره طبقا لمبدأ آلية المناقصة أو المزايدة ، وإذا خالفت الإدارة ذلك كان قرارها معيبا بعيب مخالفة صحيح حكم القانون (٢)

وقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى هذا الشأن بأن :

" على جهة الإدارة أن تبرم العقد مع من اختارته لجنة البت ، ولا تملك أن تستبدله بغيره لأن المبادئ الأساسية التى يقوم عليه نظام المناقصة تتعارض واستخدام حق التعديل إذ لا جدوى من التزام الإدارة المتعاقدة بنظام محدود وتام ويتميز بآلية إجراءاته إذا كان لهذه الإدارة أن تتحلل منه عن طريق تصحيح نتائج المناقصة كما أن صدور قرار لجنة البت باستبعاد بعض المتقدمين يعنى تحللهم

---

(١)راجع فى ذلك للفقيه جيز " سلطة الإدارة فى إبرام العقد أو عدم إبرامه " العقود الإدارية ج ١٩٣٢/٢ صـ ٤٨

(٢)حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٠/٢/١٣ الحكم رقم ٣١٣ لسنة ٤ ق مج س ٥ صـ ٣٣٩ .

قانونا من التزاماتهم وبالتالى لا يتسنى للإدارة أن تختار أحدهم بعد أن تحلل من إيجابه [3] والتزام جهة الإدارة بالتقيد بالمتعاقد الذى حددته لجنة البت يسرى ولو تضمنت شروط المناقصة على أن لجهة الإدارة الحق فى قبول أو رفض أو عطاء دون إبداء الأسباب .

وفى هذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا بأنه " يتعين على الجهة الإدارية المختصة إذا رأت إبرام العقد أن تتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل الذى عينته اللجنة المختصة بالبت فى المزايدة ، ولا تملك أن تستبدل به غيره حتى ولو كان منصوصا فى شروط المزايدة على أن لها الحق فى قبول أو رفض أى عطاء دون إبداء الأسباب لمخالفة هذا الشرط لأحكام القانون ولائحة المناقصات وما تضمنته من قواعد قصد بها تحقيق المساواة بين جميع المزايدين [1]

الاختيار للسلطة المختصة[2] هو : إلغاء التعاقد :

للجهة الإدارية سلطة تقديرية فى عدم اتمام التعاقد والعدول عنه فعلى سبيل المثال تنص المادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " تلغى المناقصة قبل البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائيا أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

ويجوز إلغاء المناقصة فى أى من الحالات الآتية :

أ- إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد .

---

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بتاريخ ١٩٥٧/١/٢٧ القضية رقم ١١٧٩ لسنة ٨ ق السنة الحادية عشرة بند ١٤ صــ ١٧٣

(١) حكم الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٩/٢/١ الحكم رقم ٨١٢ مج س ١٤ صــ ٣١٣

(٢) يقصد بالسلطة المختصة هو الوزير – ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل فى نطاق اختصاصه ، ولا يجوز للسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها الواردة بتلك الأحكام إلا لشاغلى الوظيفة الأدنى مباشرة .

ب- إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات .

جـ- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية ويكون الإلغاء فى هـذه الحالات بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت .

الفـــرع الـرابـــع

مرحلة الاعتماد والتصديق على العقد

l'approbration posterieurs

مرحلة التوقيع علىٰ العقد هى من أهم مراحل التعاقد وبهـا تـتم الرابطـة التعاقدية ، ولا يعد اختيار الإدارة لمتعاقد معين سوى أداء تمهيدى ، بمعنى أنـه لا يمثل قبولا نهائيا من السلطة المختصة . وتوقيع العقد هو تعبير عـن إرادة الجهـة الإدارية وبدونه لا يتم التعاقد ، ويجـب أن يـصدر مـن الموظـف المخـتص أو الموظف المفوض بالتوقيع [1] هذا بالنسبة لفرنسا . **أما فى مصر** فقد نصت المـادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لـسنة ١٩٩٨ علـى أنـه " يقصد بالسلطة المختصة فى تنفيذ أحكام هذا القانون المرافق ، الـوزير ومـن لـه سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل فى نطاق اختصاصه .

ويلاحظ أنه وفقا لاتجاه مجلس الدولة المـصرى أن إجـراءات الاعتمـاد والتصديق لا تنتج أثرها كقبول نهائى فى مواجهة الطرف الآخر إلا بعد علمه بهـذا القبول . [2] بينما لا يرتب مجلس الدولة الفرنسى على التقصير فى إعلان الطـرف الآخر بقبول الإدارة أى تأثير علىٰ صحة انعقاد العقد [3]

---

(١) ديكريتو ٧ من يناير سنة ١٩٥٦ الفرنسى .

(٢) راجع فى هذا المعنى المحكمة الإدارية العليا الصادر فـى ٢٤ مـن نـوفمبر سـنة ١٩٧٣ المجموعة صـ ٢٠٣ وما بعدها .

(٣) نذكر من أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد .

- C.E. ١٢ Janv – ١٩٢٠ – cie de salitres – Rec. P ٥٤
- T.A Strasbourg ٢٢ Dec. ١٩٧٠ – office public d, H.L.M de colmar – C. Wuest. P. ٨٧

وقد أيد الفقيه Laubadere اتجاه المجلس فى هذا المجال op. Cit – P ٥١٢ .

الفصل الثاني

نطاق دعاوى الإلغاء في القرارات المتصلة بمرحلة إبرام العقد الإداري

لقد بينا سلفا أن العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت عقود قانون خاص أو عقود إدارية هي عمليات مركبة تحتوي علي عدة مراحل وخطوات ، وتشتمل هذه المراحل علي عدة إجراءات وهذه الإجراءات تتم من خلال إصدار جهة الإدارة للكثير من القرارات منها ما يسبق مرحلة إبرام العقد مثل إجراءات توفير الاعتمادات المالية اللازمة لعملية التعاقد خاصة بالنسبة للتعاقدات التى ترتب التزاماتها المالية علي الدولة ومثل قرار التصريح أو الإذن بالتعاقد .

ومن هذه الإجراءات ما يتعلق بمرحلة إبرام العقد ذاته وطرق التعاقد والإعلان عن المناقصة وتلقي العروض وفض المظاريف والبت في العطاءات وقرارات استبعاد بعضها ثم قرارات إرساء المناقصة وأيضا قرارات إلغائها ، ، ومنها إجراءات معاصرة لإبرام العقد وقرار التصريح بالتوقيع علي العقد .

والقاعدة العامة هي قبول فصل القرارات المتعلقة بانعقاد العقد ، ولا يفرق القضاء الإداري بين عقود القانون العام وعقود القانون الخاص

وسوف نقوم بدراسة هذه الأنواع المختلفة من القرارات سالفة الذكر مع تخصيص مبحث مستقل عن القرارات الخاصة بعمليات المناقصات والمزايدات لما لها من أهمية في تطبيقات القضاء الإداري .

المبحث الأول

صور القرارات القابلة للانفصال

في مرحلة الإجراءات الممهدة للتعاقد

عرضنا سلفا للإجراءات الممهدة لإبرام العقد الإداري حتى صيرورته نهائيا منتجا لإثارة القانونية بين أطرافه ، وينبغي قبل بيان صور ومجالات الطعن بالإلغاء في هذه الإجراءات أن توضح أن كافة القواعد التي تحكم إجراءات العقود الإدارية لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية وضعت لمصلحة الإدارة يمكن ألا تلتزم بها متي قدرت أن صالحها يقتضي ذلك ولهذا تقرر محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٧ يناير ١٩٥٧ " أن القواعد التي تحكم إجراءات المناقصة لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية داخلية للإدارة إن شاءت تمسكت بها وإن شاءت تنازلت عنها ولكنها قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد علي السواء وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة بين المناقصين جميعا وبذلك فإن هذه القواعد بمثابة أحكام قانون التعاقد في موضوع المناقصة تلزم الإدارة والأفراد علي السواء وترتب علي مخالفتها بطلان ما تصدره الإدارة من قرارات [1] . كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٦٢/١١/٢٤ " أن شروط المناقصة .. هي بمثابة قانون التعاقد . فلم توضع لمصلحة أحد من المتعاقدين إن شاء أخذ بها وإن شاء لا يؤخذ وإنما وضعها كان للمصلحة العامة [2]

أما مجلس الدولة الفرنسي فكان يقر في قضائه بأن القوانين واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات قد وضعت لصالح الإدارة وحدها وليس لمصلحة المتعاملين معها ومن ثم فإنه لا يمكن الاحتجاج بها في دعوى يوجهها إلي الإدارة ضد قرار

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٧/١/٢٧ لسنة ١١ ق ص١٧٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٢/١١/٢٤ قضية رقم ١٥٥٨ لسنة ٦ ق مجموعة أبو شادي ص ١٣٦١ ، وكذلك حكمها في ١٩٦٠/٢/١٣ قضية رقم ٣١٣ لسنة ٤ ق ذات المجموعة السابقة ص ٣٦١

خاص بمناقصة أو مزايدة [٣] إلا أن المجلس عدل عن قضائه بعد ذلك واعتبر أن هذه القواعد قد وضعت للصالح العام ويمكن لكل ذي مصلحة أن يطعن فيها بالإلغـاء[١]

ويمكن تقسيم الطعن بالإلغاء في القرارات الممهدة للعقد إلي نوعين:

١- طعون المتنافسين : وهي الطعون التي تصدر من الراغبين فـي التعاقـد مـع الإدارة في المرحلة التي تسبق التصديق النهائي علي العقد .

٢- بعد إبرام العقد بالتصديق النهائي علي إجراءاته من السلطة المختـصة تتحـدد الأوصاف القانونية للطاعنين كالمتعاقد والغير .

وتتركز أسباب طعون المتنافسين أو الغير حـول اسـتبعاده مـن دائـرة المتعاقدين مع الإدارة وهي أسباب ترجع بحكم التسلسل الطبيعي لإجراءات التعاقـد إلي وقائع سابقة علي إبرام العقد ذاته

ويلاحظ أن الرابطة التعاقدية في مصر لا تتم إلا بعـد المـصادقة علـي إجراءات التعاقد بين الجهة المختصة في الإجراءات السابقة علي عملية التـصديق تعد من قبيل الإجراءات الممهدة والتي يمكن الطعن فيها بالالغاء بالإضافة إلي ذلك فإن المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة في فرنسا و مصر اعتبار قرار التصديق ذاته من الإجراءات التي يجوز الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء

ولما كان حصر القرارات التي يطعن فيها الإلغاء في مرحلة الإجـراءات الممهدة لإبرام العقد الإداري من الأمور الشاقة فسوف تقتصر علي الـبعض منهـا علي سبيل المثال علي النحو الأتي :-

١- القرارات الصادرة بالإذن بالتعاقد [٢]

٢- قرار إحدى الإدارات بممارسة حقها للشراء بالشفعة [٣]

٣- قرار بالاستبعاد من عملية بيع [٤]

---

(٣) C.E : ٢٩ .١١,١٨٦٦ . Gris . p. ١٠٨٥.

(١) C. E ٩,١,١٨٦٨ . servant. P. ١٢

يراجع مؤلف لوبادير في العقود – المرجع السابق جـ ١ ص ٣٣٣

(٢) Martin : C.E ٤ aout – ١٩٠٥ – S- ١٩٠٦ ٣٤٩ note Hauriou

(٣) C.E Section ٢٦ November , ١٩٥٤ – Syndicat de la raff danerie de soufre frce Rec. P.٦٢٠ D.A ١٩٥٥. P.٦ conclusions

٤- قرار برفض إبرام العقد أو التعاقد [٥]

٥- قرار برفض تجديد عقد .[٦]

- هذه أمثلة لبعض القرارات السابقة علي إبرام العقد الإداري التي يمكن الطعن عليها بالالغاء

قرارات إبرام العقد :

يمثل الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد في مرحلة إبرامه نقطة تطور ملحوظ في قضاء مجلس الدولة . لأنها قرارات قابلة للانفصال عن العملية التعاقدية حتي ولو كانت مدمجة داخل العقد ذاته ، فطالما أمكن فصله ذهنيا وفكريا عن العقد ، فهذا يكفي لاعتباره قرارا قابلا للانفصال [١].

ومن ثم فلا يشترط للطعن بالإلغاء في القرار المنفصل عن العقد في مرحلة إبرامه أن يكون قرارا جليا واضحا أو قائما بذاته بشكل بائن أو منفرد أو منعزل عن العقد نفسه [٢] ولكن ما هي القرارات القابلة للانفصال عن العقد التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء في مرحلة إبرام العقد ؟ إنها كل القرارات التي تسهم في تكوين العقد كالقرار الصادر بإبرام العقد ، والقرارات الصادرة برفض إبرام العقد ، والقرارات الصادرة باعتماد العقد أو عدم اعتماده ، كعدم اعتماد عقد البيع ، والقرار الصادر بوضع شروط المناقصة أو المزايدة ، وقرار لجنة فحص العطاءات وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة ، وكذلك القرار الصادر بالتوقيع علي العقد ذاته.

ونأتي تبعا بسرد القرارات القابلة للانفصال عن العقد في مرحلة إبرامه

---

(٤) C.E ١٣ Juillet ١٩٦٨, capus , Rec. p. ٤٣٦ ١١.D. ١٩٦٨, p. ٦٧٤

(٥) L. BERTRAND . Recours d, un tiers evince de la vente

(٦) C. E ١٠ October ١٩٨٤ cie Gen. Contr telephoniques , Rec. p. ٣٢٢ R. D p. ١٩٨٥ p٢٤٨

(١) C.E.٨ Avril.١٩١١, comme d,Dsse- suzan, ٥,١٩١٣.p.٩٩ Note .M.HAURIOU.et,C. E ٤ Mars ١٩٨١ , comm d, Azereix Ret. P. ٨٦٧ .

(٢) C.E Sect ٨ Novembre ١٩٧٤ E.p Figueras – Rec. P. ٥٤٥

بدءاً بالقرار الصادر بالإبرام والقرار الصادر برفض إبـرام العقـد ، والقـرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات .

١ـ القرارات الصادرة بإبرام العقد :

في ذلك تقرر محكمة القضاء الإداري في مصر بأن " القرار الذي يـصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتهـا الملزمـة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا بقصد إحداث أثر قانوني معـين [٣] . " ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمرا جائزا قانونـا لأن إبـرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلي السلطة العامـة لجهـة الإدارة [١] . وقبل دعوى الإلغاء ضد قرار إبرام عقد بالطريق المباشر[٢]

٢ـ القرارات الصادرة برفض إبرام العقد :

يقبل القضاء الإداري الطعن في القرارات الصادرة برفض إبـرام العقـد علي أساس إنها مستقلة عن عملية التعاقد ذاتها سواء تعلق الأمر بعقد مـن عقـود القانون الخاص ، مثل امتناع جهة الإدارة عن إبرام عقد تركيب تليفون [٣] أو بعقـد من العقود الإدارية

٣ـ القرارات الصادرة باعتماد العقد أو عدم اعتماده كعدم اعتماد عقد البيع [٤]

---

(٣) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٨ من يناير ١٩٥٦ قضية رقم ٧٣٤ الـسنة السابعة قضائية مجموعة القواعد التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة العاشرة ص ١٣٥ وكذلك حكمها بتاريخ ٢٢ من ديسمبر ١٩٥٤ "، قضية رقم ١٨٠٧ الـسنة الـسادسة قضائية ، مجموعة القضاء الإداري السنة التاسعة ص ١٧١ .

(١) انظر حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢١ من إبريل ١٩٦٣ قضية رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ ق ، مجموعة محكمة القضاء الإداري ، الخمس سنوات ص ١٨٨

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢١ من إبريل عام ١٩٦٣ .

(٣) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٤/٢/١٥ قـضية رقـم ١٦١٨ الـسنة الخامسة ق ، مجموعة القضاء الإداري السنة الثامنة ص ٦٧٨ .

(٤) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٦٢/٥/٢٧ ، القضية رقم ١٥٥ السنة الثانيـة عشرة قضائية مجموعة من خمس سنوات ص ٨٩ .

المبحث الثاني

القرارات التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات

تخضع المناقصات والمزايدات للطعن بتجاوز السلطة منذ بداية الالتجاء إلي إجراء المناقصة أو المزايدة ، ويأتي ذلك عندما تبرم الإدارة عقد ممارسة رغم أن المطلوب إبرامه في هذه الحالة هو إجراء مزايدة ، وقد تبرم المناقصة أو المزايدة ولكن يشوب إجراءاتها عيب من عيوب الشكل علي النحو الآتي :

أولا : الطعن بتجاوز السلطة عندما تكون المخالفة في شكل العقد : (إجراءاته الشكلية لإبرامه)

تعتبر الإجراءات الشكلية المطلوبة لإبرام العقد هي الأرض الخصبة التي تكثر فيها تطبيقات نظرية القرار الإداري المنفصل عن العقد الذي يقبل الطعن عليها بالإلغاء

-فبداية قد يتطلب قانون تنظيم المناقصات والمزايدات إجراء المزايدة بصدد تعاقد معين ، ولكن الإدارة تخالف ذلك وتبرم عقد ممارسة فلا تثار هنا مشكلة إذا كانت الإدارة لها سلطة تقديرية في اختيار الأسلوب الأمثل في إبرام عقودها ، ولا يلزمها القانون بالالتجاء إلي أسلوب معين ، ولكن تثار المشكلة إذا ألزم القانون سالف الذكر الإدارة باتخاذ أسلوب معين مثل أسلوب المناقصة أو المزايدة في حالة معينة وخالفت الإدارة هذا النص ، وأبرمت العقد بأسلوب الممارسة فهل يقبل هذا الإجراء الطعن بتجاوز السلطة ؟

وفي بادئ الأمر لم يسلم القضاء الإداري الفرنسي بقبول الطعن بتجاوز السلطة في حالة إغفال الإدارة الالتجاء إلي أسلوب المناقصة في إبرام عقودها عندما تكون ملزمة بذلك وتصرفت بأسلوب الممارسة تأسيسا علي تصور مهجور حاليا وهي أن القواعد التي تستلزم إجراء المناقصة مؤسسة علي مصلحة الإدارة وحدها ولا يجوز للأفراد الطعن عليها بالإلغاء شأنها في ذلك شأن القواعد التي

تفرض المناقصات فهذه القواعد مؤسسة علي المصلحة العامة ، ومـــن ثـــم يجـــوز الطعن عليها بالإلغاء بأسلوب تجاوز السلطة بسبب مخالفتها للقانون [1] سواء كـــان هذا الطعن موجه ضد قرار الإدارة برفض إجراء المناقـــصة أو ضـــد مـــداولات المجالس البلدية التي تقرر إجراء المناقصة [1] أو ضد القرار الصادر مـــن الجهـــة الإدارية المنفردة بإبرام العقد بالممارسة [2] ويشترط في كل هذه الحـــالات تـــوافر شرط المصلحة في الطاعن .

ومن الملاحظ أن القواعد التي تقرر أسلوب إبرام العقـــد ليـــست مقـــررة لصالح الإدارة وحدها و إنما لصالح الأفراد والصالح العام بصفة عامـــة وبالتـــالي يجوز للمرشح المستبعد أن يهاجم القرار المطعون فيه لمخالفة أسلوب إبرام العقد .

علاوة علي ذلك فإن القضاء الإداري سواء في فرنسا وفي مـــصر يقبـــل الطعن بأسلوب تجاوز السلطة تأسيسا علي المصلحة الشخصية المباشرة للطـــاعن ، وكذا المصلحة المحتملة eventuel لدي الطاعن ، ويجوز الطعـــن بالإلغـــاء فـــي محضر المناقصة الحقيقي ، ولا أثر للحكم الصادر بالإلغاء علي العقد ذاته

ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي أول من فتح مجال هذه الأحكام ، وكان مـــن

---

(١) راجع بيكينو ، ودي لوبادير – المرجع السابق جـــ ١ ص ٢٥٧ ، ٣٤٦ ، جـــ ٣ ص ٣٣٨ ، وكذلك للفقيه فالين – القانون الإداري الطبعة التاســـعة ســـنة ١٩٦٣ ص ٥٩٧، رســـالة الأستاذ (ماسون) في قضاء المزايدات العامة في عقود الاشغال العامة ومن الفقه المصري راجع في ذلك للدكتور / الطماوى – العقود ص ١٩٧٥ ص ٢٠٩ – الوجيز في القـــانون الإداري سنة ١٩٧٦ ص ٦٧٨ ، وكذلك د/ حشيش – المرجع السابق – مبدأ رقـــم ١١٤ ، وحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٠٩/٢/٥ في قضية Parla المجموعـــة ص ١٣٤

(١) C.E ٢٨ Avir – ١٩٧٩ – Syndicat des Maitres imprimeurs des Bouches Rhone – Rec. p. ١٢٥

راجع في ذلك للفقيه / دي لوبادير – العقود جـــ ٣ ص ٣٣٨ .

(٢) راجع علي سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٦/٦/١٩ فـــي قـــضية Cromech – المجموعة ص ٦٧٢ وكذلك حكم محكمة القـــضاء الإداري المـــصري فـــي ١٩٥٤/١٢/٢٢ في قضية رقم ١٨٠٧ لسنة ٦ ق مجموعة السنة ٩ ق ص ١٧١

باكورة أحكامه التي أرسي فيها مبادئ المنهج التحليلي بفصل القــرارات الإداريــة التي تصدرها سلطة الوصاية عن أعمال الهيئات اللامركزية ، وقبل الطعــن فيهــا باعتبارها قرارات إدارية نهائيــة منفــصلة هــو حكــم Commun de Guerre الــصادر فــي ١٩٠٤/٤/٢٢ وحكــم Villiers –Sur- Mer الــصادر فــي ١٩٠٤/٤/٢٩ وكــذلك حكــم .... Commun de Messe الــصادر فــي ١٩٠٥/٨/٤[٣] .

كما طبق مجلس الدولة الفرنسي فكرة القــرارات المنفــصلة بخــصوص المداولات التي تجري في المجالس الإدارية ، وقبل الطعون الموجهة إلي قراراتهــا المنفصلة عن قرار إبرام العقد من الشخص المنوط به عملية التنفيذ ، ويعــد حكــم Martin من أشهر الأحكام التي صدرت في هذا المجال وتــتلخص وقــائع هــذا الحكم في أن " السيد مارتن عضو المجلس العام لإقليم لوار وشــير Loiret cher أقام طعنا ضد قرارات اتخذها المجلس المذكور بشأن منح إحدي الــشركات عقــد التزام نقل بالتزام وشكا من الظروف التي دعي فيهــا المجلــس للتــداول ، ومــن الإجراءات التي أتبعها المدير بعدم توزيعها علي الأعضاء تقريــرا مطبوعــا عــن الموضوع قبل الانعقاد بثمانية أيام مما مــنعهم مــن ممارســة عــضويتهم وفقــا للضمانات المقررة في قانون ١٠ من أغسطس ١٨٧٦ بــشأن التنظــيم الإقليمــي ، وتمسكت الإدارة بأن القرارات المطعون فيها وقد أدت إلي عقد فلا يمكن أن تكــون محلا للطعن بتجاوز السلطة ولا يمكن نظرها إلا لقاضي العقد ، وقد قبــل مجلــس الدولة الطعن شكلا ورفضه موضوعا [١]

وقد تعددت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الاتجاه وأرســت أحكام قاعدة مؤداها أن " مداولات المجــالس البلديــة أو العامــة تكــون نموذجــا للقرارات الواجبة التنفيذ التي اعتبرت منذ أكثر من نصف قرن قابلة للانفصال عن

---

(٣) C.E ٥-٣-١٩٠٦-P.٤٩

(١) C.E ٤ Aout ١٩٠٥ Rec. ٧٤٩ Conclu Romieu Note Houriou . D. ١٩٠٧ ٣ p ٤٩ Comc – Romieu R.D.P ١٩٠٦ P. ٢٤٩- Note . Jeze.

العقد المتعلقة به بسبب طابعها كقرارات صادرة عن إرادة واحدة (٢)

وهناك أمثلة أخري للقرارات التي أجاز مجلس الدولة الطعن فيها استقلالا عن العقد وهي :

- القرار الصادر بالترخيص بإبرام العقد (٣) .
- القرار الوزاري الصادر بالتصديق علي المناقصات والمزايدات غير الصحيحة
- القرار الصادر من شركات التنظيم العقاري والانشاءات الريفية الـذي أعلنـت فيه عن عزمها علي ممارسة حقها في الشفعة بمناسبة عقد بيع مدني تـم بـين شخصين من أشخاص القانون الخاص رغم أن عملية البيـع سـتتمخض فـي النهاية عن عقد مدني (٤)
- قرار سلطة الوصايا برفض التصديق علي العقد .

ثانيا : قرارات الحرمان والاستبعاد من التقدم للمناقصات

وهي قرارات تصدرها الإدارة بحرمان بعـض الأشـخاص مـن التقـدم للمناقصات **أما كجزء بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق ، أو كإجراء وقائي لتهيئـة الجو الصالح للمنافسة في استبعاد العطاءات التي لم تتوافر لها أو لمقدمها الـشروط المقررة ، ويصدر قرار الحرمان من التقدم للمناقصات ضد الشخص الطبيعـي أو الشخص المعنوي أما قرار الاستبعاد فهو قرار موضوعي لا ينصب علي شـخص معين وإنما يوجه إلي العطاءات التي لا تتوافر فيها الشروط التي يحددها القانون أو التي ترد بعد الموعد المحدد لتقديم العطاءات** (١)

---

(٢) صارت محكمة القضاء الإداري المصرية علي ذات هذه القاعدة ومن ذلك حكمها الصادر في ١٩٦٣/٤/٢١ في القضية رقم ٣٢٩ لسنة ٤ ق مجموعة السنوات الخمس ص ١٨٨

(٣) C.E ١٦-١٠-١٩٧٠ – Societe Anonyme tourist ique de lautarle A.D.A. ١٩٧٠ p. ١٠٥

(٤) راجع في تفصيل هذا الطعن – مقال منشور بمجلة مصر المعاصرة تحت عنوان القـرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري ص ١٠٣ للدكتور / عبد الحميد حشيش .

(١) راجع في ذلك للدكتور / أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإداريـة ص ١٢٩ .

وهكذا تعتبر قرارات الإدارة بحرمان بعض الأشخاص من الدخول في المناقصات والمزايدات أو بشطب أسماء البعض الآخر من قوائم غير المسموح لهم بالتعاقد من القرارات التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء

وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩٥٧/٤/٢١ من أنه " من حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري ويجوز الطعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان القرار قد صدر متنكبا الصالح العام أو لأسباب لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلا كما يجوز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب" (٢) .

وكذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا بعد أن قررت أنه " يشترط دائما فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعا بحسن السمعة استطردت قائلة " إن للإدارة حق أصيل في استبعاد من تري استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة لها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك عيب إساءة استعمال السلطة ورتبت علي ذلك أنه " يجوز لها بقتضي هذا الحق أن تشطب اسم المتعهد إذا استعمل الغش حتى لو لم يفسخ العقد لهذا السبب (٣) .

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صدر بتاريخ ١٩٨٢/١/١٦ بشأن قرار بشطب اسم المتعهد من عداد الموردين قالت فيه " ليس من ريب أن القرار الذي تصدره الإدارة بشطب اسم المتعهد من عداد الموردين المحليين إذا استعمل الغش في تنفيذ التزاماته المقدمة يعتبر من القرارات الإدارية النهائية .. وينطبق عليه كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ويجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد المقررة قانونا

---

(٢) راجع حكم القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٤/٢١ القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ ق مجموعة أحكام السنة ١١ ق ص ٣٦٩

(٣) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٧/١٢/١٧ – رقم ١٠٦٧ – مجموعة المبادئ في العقود ١٥ سنة ص ١١٧ لسنة ٢٤ ق – غير منشور

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي المبدأ ذاته فأجاز استبعاد بعض العطاءات المقدمة في عملية تعاقدية معينة بدعوى عدم توافر الشروط في هذه العطاءات أو لورودها بعد الميعاد ، وقد حكم المجلس بأن " القرار الصادر برفض السماح للطالب بالاشتراك في المناقصة ذو طبيعة تبيح الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة [١] .

كما قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من المقاولين أو الموردين الذين استبعدوا بصورة غير مشروعية من دخول المناقصة بالطعن في قرار المناقصة ذاته [٢]

ويلاحظ أن قرارات الاستبعاد التي تصدر بناء علي سلطة الإدارة التقديرية بشأن كفاءة المقاول أو المتعهد يجب أن تبني علي أسباب المصلحة العامة أو التنفيذ الجبري للعملية موضوع العقد [٣]

ثالثا : القرارات المتعلقة بالمدد القانونية التي حددتها اللائحة لتقديم العطاءات

تعتبر المدد المحددة للتقدم للمناقصات سواء كانت مناقصات عامة أو محلية أساسية ومراعاتها شرط سلامة إجراءات المناقصة لذا يجب علي المتناقصين الالتزام بتقديم عطاءاتهم خلالها ، كما يتعين علي الإدارة أن تقبل طلباتهم مستوفاة ، ويعتبر رفض قبول عطاءات الأفراد قرار إداري يمكن الطعن فيه بالإلغاء .

وتطبيقا لذلك قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من المقاولين الذين استبعدوا من المناقصة نتيجة خطأ في الإعلان. [٤]

---

(١) C.E ١٩-٧-١٩٠١ – Societe –laborieuse S. ١٩٠١ ، د/ عبد الحميد حشيش – المرجع السابق ص ١١١

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٠٦/٦/٣٠

(٣) راجع في ذلك للدكتور / أحمد عثمان عياد – المرجع السابق ص ١٤٩ .

(٤) راجع في ذلك طعن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩١٤/١١/٢٩ في قضية loinche المجموعة ص ١٠٢٥ وكذا حكمه بتاريخ ١٩٣١/٣/٢٦ في قضية Helling وكذا حكمه في قضية Cnede – Gui Mne – Courtet الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٧/١٧

رابعا : القرارات الصادرة من لجنة فتح المظاريف

إنه وإن كانت قرارات لجنة فتح المظاريف تعد قرارات تمهيدية وللجنة سلطة إصدار قرارات إدارية نهائية في حالة استبعاد العطاءات غير المستوفاة للشروط فإن يكون الطعن فيها بالإلغاء [1] .

خامسا : حالة المناقصة غير المشروعة (المعيبة)

بظهور نظرية القرارات المنفصلة زال الاعتراض القائم علي استخدام الطعن بأسلوب تجاوز السلطة علي المناقصة المعيبة توصلا لإلغائها ، والقاعدة العامة في هذا المجال هي إمكانية فصل القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات والمفاضلة بينها وإرساء المناقصة .. وإمكان الطعن عليها بالإلغاء استقلالا عن العقد ذاته بأسلوب تجاوز السلطة إذا ما شابها وجه من أوجه عدم المشروعية دون أن يكون لإلغائها مساس بذات العقد الذي تم علي أساسها إلي أن يتم الفصل بواسطة المحكمة المختصة وبالنسبة للأعمال التمهيدية والتحضيرية يمكن أن تكون محلا للطعن بأسلوب تجاوز السلطة إذا ما خالفت المشروعية [1] ويجوز الطعن بالإلغاء علي القرارات الضمنية والإجراءات التنفيذية التي تضيف عنصرا جديدا للقرار الأصلي.

ويكون لمن يتوافر فيه شرط المصلحة الطعن بالإلغاء علي المناقصة إذا ما وجدت شروطاً غير مشروعة في كراسة الشروط أو استبعد مقدم العطاء بريئ الذمة بقرارات مشوبة بعدم المشروعية أو لمخالفة قوائم الأسعار عند إبرام العقد .

ومن ثم لا يقبل الطعن بالإلغاء إلا من قبل الطعن المقدم من المقاول أو المورد الذي لم يشترك في المناقصة .

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢١ في القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ ق مجموعة السنة ١١ ق ص ٣٦١ وحكم الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٥٩/٥/٩ قضية رقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق مجموعة السنة ٤ ق ص ١٢٥٢

(١) راجع في ذلك للفقيه / جان ريفيرو – المرجع السابق ص ٢٢٥

وقد يحدث في الواقع أن أحد الأفراد يرسي عليه المـزاد ولكـن تـشوب المناقصة مخالفة للقانون فهل يخول له الطعن في المناقصة بالإلغاء ؟

يري البعض أنه لا يحق للمرسي عليه المزاد الطعن بالإلغاء في المناقصة غير المشروعة التي تمت لصالحه علي أساس أنها تمت لـصالحه وتطبيقـا لـذلك صدر حكم مجلس الدولـة الفرنـسي بتـاريخ ١٩٢٤/٣/١٢ فـي قـضية Toin Turier[1]

ورأينا في هذه النقطة أن رسو المزاد علي مقدم عطاء معين لا يعد عقد قد أبرم لوجود العديد من الإجراءات العديدة لإبرام العقد محـل الموضـوع ، وإنـه ينبغي لحسم مسألة أحقية من رسي عليه المزاد في الطعن بالإلغاء علي المناقـصة غير المشروعة التي سوف يقدم عليها أن نفرق بين ما إذا كان الطعن المقدم ضـد هذه المناقصة المعيبة قد تم قبل أو بعد التصديق علي العقد . فإذا كان الطعـن قـد رفع قبل التصديق علي العقد فالعقد مازال في مرحلة المهد ولم يبرم بعد ، ومن ثـم يمكن الطعن بأسلوب تجاوز السلطة حتي ولو كان العقد قد بدأ في تنفيذه ، أمـا إذا كان العقد قد صدق عليه فيكون الطعن أمام قاضي العقد .

وأساس ذلك هو أن قواعد المناقصة شـرعت لمـصلحة الإدارة والأفـراد والصالح العام معا فمجرد عدم التصديق علي العقد يجعل العقد برمته فـي بوتقـة الطعن بالالغاء لكون كافة الإجراءات السابقة علي التصديق ما هـي إلا إجـراءات تمهيدية وعكس الأمر إذا تم التصديق علي العقد ، ويلاحظ أن الذي تم إلغاؤه هـو قرار المناقصة ذاته ، وليس العقد حيث يتم إبطاله بدعوى القضاء الكامل من أحـد متعاقدية .

سادسا : القرارات الصادرة من لجنة البت

تنحصر لجنة البت في إتمام الإجراءات بقـصد الوصـول إلـي أفـضل المناقصين أو المزايدين حسب القانون ، وتصدر هذه اللجنة العديد مـن القـرارات

---

(١) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي فـي ١٩١٦/٧/١١ فـي قـضية - Calvet - المجموعة ص ٦٢٦

الإدارية النهائية التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء وأهم القرارات التي تصدرها لجنة البت هو قرار إرساء المناقصة :

فقد قبل القضاء الطعون بالإلغاء المقدمة من أصحاب العطاءات المرفوضة ضد قرارات رسو المناقصة أو المزايدة علي أصحاب العطاءات الأخري باعتبارها قرارات تمهيدية تسبق التعاقد نفسه ، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري " إن عملية المناقصة تتم علي مرحلتين : **أولهما** : أعمال تمهيدية من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها ، وتلقي العطاءات المقدمة وتحقيق شروطها ثم المفاضلة بين العطاءات **وثانيهما** : - إبرام العقد بعد إرساء المناقصة وتتم الأعمال التمهيدية بقرارات تتخذها الإدارة للإفصاح بها عن إرادتها هي وحدها دون غيرها [1]

ودوام القضاء الإداري المصري علي فصل القرارات الصادرة برسو المناقصة أو المزايدة عن العملية التعاقدية من ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٥ من إبريل سنة ١٩٧٥ إلي أن " قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة إنما هو بطبيعته قرار إداري نهائي يجتمع له مقومات القرار الإداري من حيث كونه صادرا من جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضي القانون واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقا لمصلحة عامة ، وهو قرار منفصل يجوز لذوى الشأن الطعن فيه بالإلغاء استقلالا .

وجاء في هذا الحكم

أنه من الأصول المسلمة بها أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإدارة في إبرام العقود – إدارية كانت أو مدنية ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح كافلة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة والكفاية الفنية والمالية وضمانا في الوقت ذاته للوصول إلي أنسب الفروض وأكثرها تحقيقا للصالح العام بحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة من إبرام العقد وجلي من ذلك أن

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٣/١٢/٩ في القضية ١٨٥٧ لسنة ٦ ق المجموعة السنة الثامنة ص ٢١٨

العقد الذي تكون الإدارة أحد أطرافه سواء كان عقدا إداريا أو مدنيا إنما يمر حتـــي يكتمل تكوينه بمراحل متعددة ، ويسلك إجراءات شتي وفقا للأحكام والنظم الـــسارية حسب الأحوال .

وينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقـــد الـــذي تبرمـــه الإدارة وبـــين الإجراءات التي تعهد بها لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولدة ذلك أنه بقطع النظر عـــن كون العقد مدنيا أو إداريا فإنه من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيـــث كونـــه إفـــصاحا عـــن إرادتها الملزمة بناء علي سلطتها العامة بمقتضي القوانين واللوائح بقـــصد إحـــداث أثر قانوني تحقيقا لمصلحة عامة يتغياها القانون ومثل هذه القـــرارات وإن كانـــت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا كـــان أو إداريا وتنفصل عنه ، ومن ثم يجوز لذوى الشأن الطعن فيها بالإلغـــاء اســـتقلالا ويكون الاختصاص بنظر طلب الالغاء ، والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها ذلك أن المناط في الاختصاص المتعلق بالوظيفة من النظام العام .

-لجنة البت سواء في المناقصة او المزايدة إنما تختص باتخاذ ما يلزم من الإجراءات لتعيين أفضل المتناقصين والمتزايدين وفقا لممارســة القـــانون ، وذلـــك حتي يتسني للسلطة الإدارية المنوط بها إبرام العقد مباشرة اختصاصها فـــي هـــذا الشان وليس من شك في أن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة إنما هـــو في طبيعته علي ما سلف البيان قرار إداري نهائي إذ يجتمع لـــه مقومـــات القـــرار الإداري من حيث كونه صادرا من جهة إدارية مختصة بما لها من ســـلطة عامـــة بمقتضي القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقـــا لمـــصلحة عامـــة ن وليس أبلغ في الدلالة علي صدق هذا النظر من أن جهة التعاقد إنمـــا تلتـــزم حـــال انصراف إرادتها إلي إبرام العقد بالتعاقد مع المناقص أو المزايد الذي عينته لجنـــة البت وليس لها أن تستبدل به غيره [1]

(١) راجع في ذلك الإدارة العليا فـــي الطعنـــين رقمـــي ٤٥٦ ، ٣٢٠ لـــسنة ١٧ ق – جلـــسة ١٩٧٥/٤/٥

وفي حكم آخر لذات المحكمة صدر بتاريخ ١٩٦٧/٢/١٨ بقبـول الطعـن بالإلغاء ضد القرار الصادر بإرساء عملية توريد علي شركة الإعلانات. [٢]

كما قبلت المحكمة الإدارية العليا في حكمهـا الـصادر فـي ١٩٥٩/٥/٩ الطعن بإلغاء القرار الصادر من المجلس الأعلي للسكك الحديدية المتحـدة بإرسـاء المناقصة الشيالة بمحطة السكك الحديدية ، والنقل المـائي لأنـه مـشوب بإسـاءة استعمال السلطة ومخالفة القانون [٣]

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي اعتبر القرارات التي تـصدر بخـصوص الإعلان عن المناقصة وفتح المظاريف من قبيل القرارات التمهيدية التي لا يـصلح موضوعا للطعن في دعوى الإلغاء حيث ينقصها صفة النهائيـة التـي ينبغـي أن تتوافر في القرار الإداري المطعون فيه ، ومع ذلك يمكن الطعن علي استقلال فـي هذه القرارات إذا احتوت علي قرارات إدارية بصفة استثنائية كما يجـوز الطعـن بالإلغاء علي القرارات الضمنية والإجراءات التنفيذية التي تضيف عنصرا جديـدا للقرار كما يمكن أن يكون سـبباً للطعـن فـي القـرارات النهائيـة إذا خالفـت المشروعية . وقد استقر القضاء الإداري في مصر وفي فرنسا إلي جواز أن يلجـأ الراسي علي المزاد إلي الطعن بالإلغاء في قرار الإرساء متي صدر مخالفا للقانون من ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٤ قالت فيه " أنـه عند انقضاء مدة سريان العطاء يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت ، وفـي هـذه الحالة يصبح العطاء ملغي وغير نافذ المفعول فإذا لم يطلبه اعتبر قائلا لاسـتمرار لارتباط بعطائه إلي أن تطلب المصلحة أو السلاح إخطاراً منـه بـسحب التـأمين المؤقت وعدوله عن عطائه [١]

---

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ١٦١ لـسنة ٩ ق – المجموعـة السنة ١٢ ق ص ٧٦٩ .

(٣) راجع في حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق المجموعة السنة ١ ق ص ١٢٠٢ وفي نفس المعني حكمها الصادر في ١٩٩٦/٢/١ قضية رقم ٨١٢ لسنة ١٣ ق السنة ١٤ ق ص ٣١٣ .

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٤ لسنة ١٤ ق ص ٧٧٨ .

سابعا : القرارات الصادرة برفض إبرام العقد

إذا كانت الإدارة ملزمة بإرساء العطاء علي المتقدم بأقل العطاءات إلا أنها غير ملزمة بالتعاقد معه ومن ثم يعتبر قرارها برفض التعاقد من القرارات الإدارية التقديرية القابلة للطعن عليها بالإلغاء إذا شابها وجه من أوجه عدم المشروعية يستوي في ذلك أن يكون العقد مدنيا أو إداريا من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ٥ من يناير سنة ١٩٦٠ فمن حيث أنه لا نزاع في أن للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسائها علي صاحب أفضل عطاء كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد ومن ثم فهي تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضي بإلغاء المناقصة والعدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأي تعويض انتهت المحكمة إلي تقرير " إن قرار الوزارة بإلغاء المناقصة الخاصة بالمدعي قد صدر في حدود سلطة الوزير التقديرية في إبرام العقد ولا مخالفة للقانون أو انحراف. [(١)]"

وهناك حكم لمجلس الدولة الفرنسي قبل فيه الطعن بالإلغاء ضد قرار أحد العمداء برفض إبرام العقد خلافا لما استقر عليه المجلس البلدي في مداولاته [(٢)] .

علي ذلك فإننا نري أن الطعن في قرار الإدارة برفض إبرام العقد يقع في نطاق الطعن علي الحالات التي تخول للإدارة فيها سلطة تقديرية وهي تعد من قبيل إساءة استعمال السلطة أو الانعدام المادي والقانوني للأسباب إذا ذكرت الإدارة أسباب القرار الصادر برفض إبرام العقد .

ثامنا : القرار الصادر بإبرام العقد الإداري

ميز مجلس الدولة الفرنسي بين العقد نفسه باعتباره تبادل التعبير عن إرادة الإدارة وإرادة الطرف المتعاقد معها ، وهو لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء ، وبين القرار الضمني الذي يسبق إبرام العقد ، وفي هذا يقول العميد هوريو " أنه عندما

---

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٠٦٠/١/٥ لسنة ١٤ ق ص ١٨٢

(٢) C.E. ٩-٣-١٩٥١- Rec – P. ١٤٦٤

يبرم العمدة عقدا فإن الأمور تسير كما لو اتخذ قراراً مسبقا يعلن فيه بواسطته علي الكافة أنه يقوم بإبرام العقد هذا القرار الضمني يسبق العقد ويجوز الطعن عليه انفصال عن العقد بالإلغاء .

وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي العديد من الأحكام علي هذا النحو بالتفرقة بين القرار الذي بمقتضاه تقوم الإدارة بإبرام العقد وبين العقد نفسه علي الرغم من أن العمل قانوني واحد من ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٤/١١/٦ في قضية Chambre de commerce de tamatave وحكمه في قضية Department de la creuse الصادر في ١٩٣٦/٢/٧ حيث قبل الطعن فيها بالإلغاء علي قرار الإدارة بإبرام العقد وهو القرار الذي بمقتضاه يوقع الوزير علي الاتفاق [٣] فقد اعتبر القضاء أن هذا القرار قابلا للانفصال عن العقد وسمح بمهاجمته بأسلوب تجاوز السلطة.

وفي مصر طبق مجلس الدولة النهج سالف الذكر، وقبل فصل قرار إبرام العقد والطعن فيه بالإلغاء من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١/٨ والذي قضت فيه ، بأن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا بقصد إحداث أثر قانوني [١] . ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمراً جائزا قانونا ، لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلي السلطة العامة لجهة الإدارة [٣]

---

(٣) راجع في ذلك للدكتور / محمد النجار – المرجع السابق ص ٣٤٠ و كذلك د/ عبد الحميد حشيش – المرجع السابق ص ١٠٥

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١/٨ في القضية رقم ٧٣٤ لسنة ٧ ق – المجموعة السنة ١٠ ق ص ١٣٥ وأنظر كذلك حكم ذات المحكمة في ٤/٢١ في القضية رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ ق مجموعة القضاء الإداري في خمس سنوات ص ١٨٨ ، وانظر فتوى الجمعية العمومية للفتوي والتشريع في ١٩٧٩/٧/١٠ .

(٣) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٣/٤/٢١ لسنة ١٤ ق مجموعة السنوات الخمس ص ١٨٨ قضية رقم ٣٢٩ .

ونظرا لأن القضاء الإداري في كلا من فرنسا ومصر قد أقام تفرقة بين العقد ـــ وبين القرار الصادر بإبرام العقد بالرغم من أن كل منهما عمل قانوني واحد ، وهذا ما عرضه للنقد من جانب الفقه علي النحو الآتي :

ذهب الأستاذ (لوبادير) " إلي أن مجلس الدولة الفرنسي بقبوله الطعن في قرار إبرام العقد ، قد اعتنق تحليلا غير صحيح لتعريف العقد فبدلا من النظر إليه باعتباره نتاج توافق إرادتين اعتبره مجرد تقريب بين قرارين منفردين ، وقبل الطعن الذي يوجه ضد أحد هذين القرارين وهو القرار الصادر من الإدارة (٣) .

وذهب الأستاذ (بيكينو) إلي أن نظرية القرارات المنفصلة لم تنظر في الواقع سوى إلي إرادة الإدارة ، ومن التعسف أن يفصل التعبير عن الإرادة عن العمل الذي بمقتضاه يتم به هذا التعبير (٢) .

ففي الواقع لا يوجد سوي عمل قانوني واحد ، هو القرار بإبرام العقد أو العقد ذاته ، ومن غير المنطقي تقطيع اوصال العمل الواحد (٤) . ويذهب الأستاذ (ديبير) إلي أنه في الواقع لا يوجد سوى عمل قانوني واحد هو القرار الصادر بإبرام العقد أو العقد ذاته ، ومن غير المنطقي فصل العمل الواحد .

ورأينا في هذا الموضوع :

أنه من المسلم به أن الطعن بالإلغاء لا يقبل ضد العقد ذاته ، وقد وجدنا فيما سبق تشدد القضاء في ذلك ، وقد قضي بأن إلغاء القرار الصادر بإبرام العقد لا يترتب عليه بطلان العقد ذاته فهو يبقي قائما حتي يطلب بطلانه بدعوى أمام قاضي العقد من أحد طرفي العقد ، ومن هنا نجد أن نظرية القرارات المنفصلة تتسع لتشمل كل قرار سابق علي إبرام العقد نهائيا، ويتضمن ذلك إبرام العقد ذاته أو التصديق عليه .

وتطبيقا لذلك نجد أن القضاء الإداري سواء في فرنسا وفي مصر قاما

(٣) راجع في ذلك للفقيه " لوبادير " مطولة في العقود – ١٩٥٦ جـ ٣ ص ٣٢٧

(٢) راجع في ذلك للفقيه " بيكينو " رسالته السابقة ص ٥٢٨ .

(٤) راجع في ذلك للدكتور / عبد الحميد حشيش : المرجع السابق ص ٢٧ .

بتوسيع نطاق ولاية قاضي الإلغاء ومدها إلي أعمال تخرج بطبيعتها عن حدود ولايته ، ولم يعد هناك إجراء أو قرار صادر بشأن العملية التعاقدية يخرج عن اختصاصه وتكمن مهارة مجلس الدولة سواء في مصر أو في فرنسا ، في أنه امتد باختصاصه إلي القرار الصادر بإبرام العقد ولو لم يكن هذا القرار قد صدر صريحا أي صدر ضمنيا (١).

تاسعا : الطعن بالإلغاء علي القرار الصادر بالتوقيع علي العقد :

في حقيقة الأمر أن الطعن بالإلغاء علي القرار الصادر بالتوقيع علي العقد يبدو كأن الطعن موجه إلي العقد ذاته ، لأن العقد يتمثل في النهاية في مرحلة التوقيع ، وإن كان التوقيع علي العقد لا يتم بقرار إداري وإنما يتولي المختص بالتوقيع علي العقد بتوقيعه بمجرد إتمام الإجراءات .

وقد كان للعميد هوريو السبق الأول في إصباغ صفة القرار الإداري علي هذا الإجراء (القيام بالتوقيع علي العقد) فهو يري أن الرئيس الإداري قبل أن يوقع علي العقد يصدر قراراً إداريا يقرر فيه أنه سيوقع علي العقد بالشروط المتفق عليها وهذا القرار الإداري يوجه دائما في كل عقد ، وهو الذي يوجه إليه الطعن بالإلغاء .

وفي الواقع إننا لا نؤيد تحليل العميد هوريو بوصفه مرحلة التوقيع علي العقد تعد بمثابة قرار إداري يقبل الطعن عليه بالإلغاء ، وإنها يمكن الطعن بالإلغاء من نواحي أخري علي مرحلة التوقيع علي العقد من ناحية عدم اختصاص من قام بالتوقيع علي العقد وكذلك عدم اتباع المختص بالتوقيع لإجراء شكلي .

وهكذا قدمنا بعض الأمثلة علي بعض الصور من القرارات الإدارية القابلة

---

(١) يقول أ.د/ عبد الحميد حشيش في مرجعه السابق ص١٠٦ " ماذا تبقي بعد ذلك أن العقد نفسه لا يقبل الطعن بالإلغاء وهو الأمر الذي أكده القضاء في مصر" وفي فرنسا أن المسألة لا تعدو أن تكون مجرد مهارة في تحرير عريضة الطعن بالإلغاء فبدل أن يقرر المدعي أن موضوع الطعن هو العقد يوجه طعنه إلي القرار الذي بمقتضاه تقوم الإدارة بإبرام العقد حتي ولو لم يكن هذا القرار صريحا .

للانفصال عن العقد في مرحلة التمهيد لإبرامه ، وقد اتضح من الأمثلة السابقة مدي ليونة مجلس الدولة في مصر وفي فرنسا في قبـــول الطعـــن بالإلغـــاء فـــي كافـــة القرارات الممهدة لإبرامه العقد الإداري – يكاد يكـــون قـــد اســـتوفي كافـــة هـــذه القرارات وفي هذا توسيع لولاية قاضي الإلغاء في مجال منازعات العقود الإداريـــة لا بأس منه لحماية مبدأ المشروعية وحث جهة الإدارة بصفتها الجهة المتعاقدة التي تملك إصدار القرارات الممهدة لإبرام العقد في الأخذ بصحيح حكم القانون واللوائح عند إصدار مثل هذه القرارات.

المبحث الثالث

أساس اختصاص قاضي الالغاء بالنظر في القرارات المتصلة بإبرام العقد الإداري

أثار موضوع أساس اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في القرار الـــصادر بـــإبرام العقد الإداري لبس شديد من حيث أن قرار إبرام العقد الإداري يندمج فـــي العمليـــة التعاقدية بصورة يصعب فصله عنها ، ولهذا فالفقه الإداري يري أن قـــرار الإدارة بإبرام العقد ، والعقد ذاته يعتبران عملا قانونيا واحداً .

والواقع أن قرار إبرام العقد الإداري هو إفصاح عـــن رغبـــة الإدارة فـــي إبرام العقد أي يعد بمثابة قبول لا ينتج عنه إنتاج العقد لأثاره إلا إذا وافق الإيجـــاب من الطرف الآخر .

وتطبيقا لصحة هذا القول نجد حكم لمحكمة القضاء الإداري الصادر فـــي ١٩٥٧/٤/٢٨ جاء فيه " **من حيث إن العقد الإداري ينعقد بإيجاب وقبول متطـــابقين شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، والإيجاب في حالة الشراء بالمناقصة يتقـــدم بـــه صاحب العطاء ، أما القبول فإنه يكون بصدور قرار من الجهة المختـــصة بـــإبرام العقد باعتماد قرار المناقصين وإخطار صاحب العطاء به ، ولا يترتب علي القبول من جهة الإدارة الآثار القانونية للعقد إلا إذا وصل إلي علم الموجـــب ، ذلـــك لأن التراضي وهو تطابق الإرادتين كركن من أركان العقد يجب التمييز فيه بين وجـــود التعبير عن الإرادة وجودا فعليا ووجوده قانونيا ، فالتعبير يكون له الوجود الفعلـــي**

بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكن لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلي علم من وجه إليه[1] .

يستفاد من الحكم سالف الذكر الآتي :

أن هناك عمليتين منفصلتين هما :-

قرار الإدارة بالإبرام والآخر هو العملية التعاقدية التي تكتمل وتنتج أثارها بتقابل إرادتين ولا يكفى لتقابل الإرادتين مجرد أن تعبر الإدارة عن إرادتها بالقبول وهو قرار الإبرام وإنما يشترط لذلك شرطان هما :

الأول : وصول قرار الإدارة بإبرام إلي علم الموجب في خلال مدة سريان العطاء باستمارة العطاء .

الثاني : أن يتحصن القرار الإداري بفوات مدد الطعن أو السحب التي نص عليها القانون .

- ويلاحظ ان الشرط الثاني مكمل للشرط الأول لأن تحصن القرار بفوات مدد الطعن ، يجعل القرار حصينا من قيام الإدارة بسحبه أو ألطعن فيه بالإلغاء لسبب من أسباب عدم المشروعية.
- وخلاصة ما تقدم أن لكل من القرار الصادر بإبرام العقد والعملية التعاقدية قاضيه المختص به ، فالأول يدخل في ولاية قضاء الإلغاء والثانية تدخل في ولاية قاضي العقد ، ومن ثم ينفصل القرار الصادر بإبرام العقد عن العملية العقدية .

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في القضية رقم ٥٣٥٠ لسنة ١٠ ق

المبحث الرابع

الأشخاص الذين يقبل منهم الطعن بالإلغاء في مرحلة انعقاد العقد

يقبل الطعن بالإلغاء في مرحلة انعقاد العقد بداية من الغير، لهم المستفيدون الأول من نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد فقد أرسي مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية ليحميهم .

ويقصد بمصطلح الغير في هذا النطاق هم المتنافسون فلهؤلاء حق الطعن في المرحلة التي تسبق التصديق النهائي علي العقد ، وفي هذه المرحلة لا تطلق صفة المتعاقد أو الغير علي أحد من المتقدمين للتعاقد وذلك لعدم إبرام العقد .

أما بعد المصادقة علي العقد من السلطة المختصة تتحدد الأوصاف القانونية للطاعنين كالمتعاقد والغير .

فإذا حدث أن تعاقدت الإدارة – بعد الإعلان عن المناقصة – مع شخص لا يعتبر أنه صاحب العطاء الأقل محاباة منها له ، فإن أصحاب العطاءات الأخرى الذين أصبحوا بعد التوقيع علي العقد من " الغير " يستطيعون أن يستعملوا دعوى الإلغاء فهي الطريق الوحيد المفتوح لهم نظرا لأن دعوى القضاء بالكامل المترتبة علي العقد مقصورة علي الإدارة والمتعاقد معها وحدهما (١) .

وهكذا فإن تعبير المتنافسين ينصرف في حالة الطعن علي القرار الإداري إلي الطاعنين في الإجراءات الممهدة للعقد قبل إتمام إجراءات التصديق ، وكذلك أسباب طعن المتنافسين (الغير) حول إجراءات التعاقد السابقة علي إبرام العقد ذاته ، وغالبا ما يكون مرجع الطعن فيها نتيجة مخالفة الإدارة للقانون أو اللوائح المنظمة لعملية التعاقد ، ولا تنصرف طعون المتنافسين إلي شروط العقد الإداري ، ويلاحظ كذلك أن عملية المصادقة علي إجراءات التعاقد تعد من قبيل الإجراءات الممهدة للعقد ويمكن الطعن فيها بالإلغاء .

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٩/٤/١٤ في مجموعة أحكام العليا في ١٥ عام ص ١٧٨ بند ١٠١ وحكمها الصادر في ١٩٧٥/٦/٥ في مجموعة السنة العشرين ص ٣٠٧ بند ٨٩.

ولكن هل تقبل دعوى الإلغاء من المتعاقد مع الإدارة ضد القرارات القابلة للإنفصال عن العقد في مرحلة انعقاد العقد ؟

في الواقع إذا أبحنا للمتعاقد ان يطعن بالإلغـاء فـي القـرارات الإداريـة المنفصلة عن العقد الإداريَ وليكن في مرحلة انعقاد العقد الإداري ، فإنه لا يجـوز له أن يبني طعنه علي حقوق شخصية ، وإنما يجب أن يبني طعنه علي أسـاس أن القرار المنفصل قد خالف القواعد القانونية القائمة وذلك لأن الطعن بالإلغـاء طعـن موضوعي لا يحمي سوي المراكز القانونية الموضوعية التي يستمدها الشخص من القانون مباشرة .

وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي علي جواز قبول بالإلغاء المقدم من المتعاقد استنادا إلي نظرية الأعمال المنفصلة [١] .

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي المتعاقد في هذا النطاق من الغير بالنسبة للقرار المنفصل المطعون فيه [٢] . وبمعني آخر يريد مجلس الدولة أن يفصح عـن وجهة نظره سالفة الذكر بالقول أن المتعاقد لا يسمح له في هـذا المجـال إلا بمـا يسمح به من الدفاع عن الشرعية وحدها فيكون طعنه مبنيا علـي مخالفـة القـرار لقواعد القانون وحده وبغير أن يستند علي أي حق ذاتي استمده من العقد .

(١) أنظر ١٩٥٥ . Ville de Saverne C.E ٤ Fevr

(٢) المرجع السابق في العقود الإدارية ص ٣٣٠ De Laubadere

الباب الثالث

الرقابة علي مشروعية القرارات المتصلة بمرحلة تنفيذ العقد الإداري



الباب الثالث
الرقابة علي مشروعية القرارات المتصلة بمرحلة تنفيذ العقد الإداري

تمهيد وتقسيم :

مرحلة تنفيذ العقد الإداري هي تطبيق واقعي للالتزامات التي وافق عليها كل من طرفي العقد علي أدائها بدقة وفقا للشروط المتفق عليها سواء ورد في كراسة الشروط أو في غيرها . وتمثل مرحلة تنفيذ العقد الإداري هي مرحلة نهائية له أي تعتبر بمثابة نهاية طبيعية لها . ولما كان العقد الإداري يقوم علي غاية تمييزه عن العقد المدني ألا وهي : رعاية المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق بانتظام واطراد من أجل ذلك خول لجهة الإدارة حق الرقابة علي المتعاقد عند تنفيذ التزاماته المنوط به تنفيذها ، ولجهة الإدارة كذلك في سبيل قيام المتعاقد معها بتنفيذ شروط العقد علي وجه الدقة أن توقع عليه جزاءات عند تقصيره في تنفيذ هذه الالتزامات ويتبقي للإدارة الحق في إنهاء العقد في أي وقت بدون الالتجاء إلي القضاء إذا رأت المصلحة العام لا تقتضي إبرام هذا العقد .

تقسيم :

لما كانت مرحلة تنفيذ العقد الإداري هي أرض خصبة لإنتاج أهم القرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارة لترجمة الالتزامات التعاقدية علي أرض الواقع ، وحيث أن نظرية العقد الإداري تتمتع بذاتية واستقلالية عن نظيرتها في العقد المدني حيث تستقي الأولي مبادئها وأحكامها من تضافر جهود كل من الفقه والقضاء الإداريين لإرساء قواعدها لذلك سوف نتناول بحث هذا الموضوع علي النحو التالي :

الفصل الأول : أهم المبادئ العامة التي تحكم مرحلة تنفيذ العقد الإداري

الفصل الثاني : السلطات الممنوحة لجهة الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري

الفصل الثالث : نطاق الطعن بالإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

الفصل الرابع : مدي جواز الطعن بالإلغاء في العقد ذاته .

الفصل الأول

(أهم المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية)

أولا : سمو المصلحة العامة في تنفيذ العقد الإداري :

لا تتساوي مصلحة الإدارة مع مصلحة المتعاقد معها ، إذ يجب أن يعلو الصالح العام علي المصلحة الفردية الخاصة ومن هنا يبدو جليا أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناط احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة علي مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح طرفي التعاقد في العقود المدنية متوازنة ومتساوية ، إلا أنها في العقود الإدارية غير متكافئة ، إذ يجب أن يعلو الصالح العام علي المصلحة الفردية الخاصة ، وهذا المبدأ السابق (سمو المصلحة العامة في تنفيذ العقد الإداري) هو الذي يحكم كافة الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب علي تطبيق المبدأ السابق عند تنفيذ العقد الإداري سلطات لجهة الإدارة منها سلطة الإشراف والتوجيه علي تنفيذ العقود وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة ، بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يتحدي الطرف الأخر بقاعدة " أن العقد شريعة المتعاقدين " ، ولكن يجب ألا يصل التعديل إلي حد فسخ العقد كلية وإلا أجيز للطرف الآخر المتعاقد مع جهة الإدارة في المطالبة بالتعويضات اللازمة إذا ترتب علي تعديل العقد من جانب جهة الإدارة اختلال بالتوازن المالي للمتعاقد ومن تطبيقات مبدأ سمو المصلحة العامة في تنفيذ العقد الإداري علي المصلحة الخاصة أن الإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه ، وهذا علي خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز فيها أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر ، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن " إذ ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله عليها بسبب تغير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجيش ، فللإدارة أن تتحلل من تعاقدها وتعمل سلطتها في إنهاء التعاقد ، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه[1]

---

(١) راجع حكم الإدارية العليا رقم ١٥٢٠ –٢ (١٩٥٧/٤/٢٠) ٩٣٧/٩٧/٢

ثانيا : ينفذ العقد الإداري طبقا لما اشتمل عليه :

تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من المبادئ المسلم بها في مجالات روابط القانون العام ، كما هو الشأن في مجالات روابط القانون الخاص .

فطبقا لنص المادة ١٤٨ من القانون المدني أنه يجب تنفيذ العقد طبقـا لمـا اشتمل عليه " ومقتضي ذلك المبدأ هو " التزام جهـة الإدارة بـأن تـسلم المـدعي الأصناف التي كانت محلا للتعاقد جميعها بالحالة التي كانت عليها وقت انعقاد العقد ، ومتي كان الثابت أن الأصناف المبيعة قد حددت مواصفاتها ومقاديرها في العقـد الذي انعقد بقبول العرض الذي تقدم به المدعي ، فإن الإدارة تسأل عن كل نقـص في مقاديرها ، بحسب ما يقضي به العرف الجاري عليه العمل في المعاملات [٢] .

ثالثا : سريان مبدأ حسن النية علي العقود الإدارية

كافة العقود سواء كانت مدنية أو إدارية تخضع لأصل عام مـن أصـول القانون وهو أن يتم تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهـذا الأصـل يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية ، وذلـك لا يخـل بمـا تتميز به العقود الإدارية من طابع خاص مناط احتياجات المرفق وتغليب المـصلحة العامة علي مصلحة الأفراد الخاصة .

ومقتضي إعمال هذا المبدأ هو ألا يتعسف أي طرف من طرفي العقد فـي المطالبة بحقوقه الناشئة عنه ، ومن إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ذلك أنه " متي كانت هيئة كهرباء الريف قد التزمت بتوصيل التيار الكهربـائي إلي مبني كلية التربية بجامعة المنوفية وأوفت بالتزامها طبقا للأصول الفنية السليمة فلا يغدو من ثم وجه لتمسك الجامعة بتركيب لوحـة التوزيـع التـي وردت فـي المقايسة المبدئية التي أعدتها الهيئة من قبلها كسبيل إلي استظهار تكاليف العملية ثم عدلت عنها عند التنفيذ بعدما تبين لها عدم توافر هذه اللوحة بمخازنها إذ لم يـؤثر ذلك علي حسن أداء الهيئة لما التزمت به من توصيل التيار الكهربائي إلـي مبنـي

---

(٢) حكم الإدارة العليا رقم ٩٥٤-١٢ (١٩٦٩/٤/١١) ١٥/٤٣/٢٦٤

كلية التربية فلا يبقي للجامعة بعد ذلك في إطار من مبدأ حسن النيـة الـذي يحكـم مسار العقود – سوي الحق في استرداد ما أدته زائدا عما تكلفته هذه العملية ويقدر بمبلغ ستة وعشرين ألف ومائة واثنين وستين جنيه [1] ومن مقتضيات ذلـك المبـدأ :– أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام فليس معني ذلك أن يكون التنفيذ بأي من كل قيد زمني ، وإنما يتعين أن يتم ذلك في مدد معقولـة وفقـا للمجري العادي للأمور وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرنو إليه .

وتطبيقا لذلك خلصت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلـس الدولة إلي أن " البيت الفني للفنون الشعبية ولئن تعاقد مع هيئة النظافـة والتجميـل بمحافظة الجيزة علي إصلاح ٣٥٠ كرسيا خيزران خاصة بالسيرك القومي بمبلـغ ١١٣٧,٥٠ دون أن يضرب لها ميعاد صريحا لإتمام التنفيذ مما كان من شأنه علي ما تذرعت الهيئة أن تراخت في إصلاح ١١٩ كرسيا مدة لا تزيد علي ستة أشـهر وتقاعست عن إصلاح باقي الكمية ، وإلا أنه من المبادئ المسلمة في العقود عامـة أنها تخضع لأصل من أصول القانون يظلها جميعا ويقضي بـأن يكـون تنفيـذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل – وعلي ما جـرى بـه إفتـاء مجلس الدولة – "لا مندوحة من التقيد به في العقود الإدارية شأن العقود المدنية بـل إن التقيد به في العقود الإدارية أولي وأوجب لإرتباطها بوجه المصلحة العامة الذي تنطبع به هذه العقود ولا ينفك عنها [2] .

رابعا : العقد شريعة المتعاقدين في تنفيذ العقد الإداري :

إذا كان من الأصول العامة المطبقة في العقود المدنيـة أن العقـد شـريعة المتعاقدين أي بمعني أن تقوم نصوصه المتفق عليها بين طرفيه مقام قواعد القـانون فهذا الأصل يطبق كذلك في العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية فيجب تنفيذها بما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في تفسير هذه العقود .

---

(١) أنظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٣٠٩ فـي ١٩٩٢/٣/١٨ جلـسة ١٩٩٢/٣/١ (٤٦) .

(٢) فتويى رقم ١٠٠٧ في ١٩٩٢/١١/١١ جلسة ١٩٩٢/١١/١) ٤٧

وتطبيقا لذلك خلصت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلـي " أن العملية التي تطرح علي أساس فئات تقريبية ويسفر التنفيذ الفعلي عن وجود نقـص في بعض البنود المنفذة وزيادة في البعض الآخر إذا لم يكن هذا الاختلاف راجعـا إلي استعمال الجهة المتعاقدة للحق المخول لها بمقتضي نص العقد فـي زيـادة أو نقص الأعمال المتعاقد عليها في حدود النسبة المقررة ٢٥% ، فإن محاسبة المتعاقد مع الإدارة تتم علي أساس الكميات المنفذة فعلا التي تظهر في المقياس ووفقا لفئات الأسعار المتقدم بها المتعاقد لا يغير من ذلك النص في العقد علـي اعتبـار لائحـة المناقصات والمزايدات جزءا لا يتجزأ من العقد ، وأن المادة ٨٠ من هذه اللائحـة قد أوجبت مراعاة عدم المساس بأولوية المقاول في ترتيب عطائه حتي ولـو كـان الاختلاف بين الكميات المنفذة وتلك الواردة بجدول الفئات ناشئا عـن خطـأ فـي حساب المقايسة – أساس ذلك : أن حقوق والتزامات المتعاقد مـع الإدارة يحـددها العقد المبرم بينهما ولا رجوع إلي لائحة المناقصات والمزايدات إلا فيما سكت عنه العقد بالتنظيم [1] .

خامسا : الخطأ العقدي في تنفيذ العقد الإداري

من الأمور المسلم بها في مجال العقود كافة سواء أكانت عقودا إداريـة أو مدنية أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كـان السبب في ذلك، يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمده أو إهمالـه أو عن فعله دون عمد أو إهمال ووفقا للمادة ٢١٥ من التقنين المدني أنـه إذا اسـتحال علي المدين أن ينفذ التزاماته عينا كان مسئولا عن التعويض لعدم الوفاء بها ما لـم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه .

مثال ذلك : الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو الخطأ من الغير أو خطـأ الـدائن نفسه وتطبيقا لما تقدم قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها الآتـي " بمـا أن العقد الذي تستند إليه المنازعة الحالية هو عقد مبـرم بـين الجهـات الإداريـة

---

(١) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٧٥ فـي ١٩٨٨/١/١٤ جلسة ١٩٨٧/١٢/١٩ (٤١، ٤٢/ ٢١٤/ ٥٩٨)

المدعي عليها والمدعي للقيام ببناء عقارات لصالح شخص معنـوى عـام وبقـصد تحقيق مصلحة عامة فهو عقد أشغال عامة ، ويولد هذا العقد فـي مواجهـة جهـة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيـذ العمـل ومن المضي في تنفيذه حتي يتم إنجازه فإذا لم تقم بهذا الالتزام ، فإن هـذا يكـون خطأ عقديا في جانبها يخول المدعي الحق في أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزاماتها أو جزاء تأخرها في القيام به[1] .

سادسا : عدم إعمال المسئولية العقدية في مجال تنفيذ العقود الإدارية إذا كـان محل الالتزام دفع مبلـغ مـن النقـود ، ويلتـزم المـدين في هـذه الحالـة بالتنفيذ العيني

من الأصول العامة للالتزامات التي تسرى علي العقود الإداريـة والعقـود المدنية علي حد سواء " أنه إذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن فإن المدين – يجبر عليه طبقا لنص المادتين رقمي ١٩٩/ ٢٠٣ من القانون المـدني ، وأنـه لا قيـام للمسئولية العقدية في مجال التنفيذ العيني إذ أنه متي كان التنفيذ العيني ممكنـا فـلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ ، ويبني علي ذلك أنه لا قيام للمسئولية العقديـة إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود أو يكون التنفيذ العيني ممكنا دائما [2]

ومن إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذا الـشأن " أن عقد المقاولة والذي بموجبه يتعهد احد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر ، يتعهد المتعاقد الآخر بأدائه يجوز فيه – أن يتعهد رب العمل بتقـديم المـادة ويقتصر دور المقاول علي العمل وفي هذه الحالة يلتزم لمقاول بأن يحـافظ علـي

---

(١) راجع حكم الإداريـة العليـا رقـم ١٣٢٠ ، ١٣٤٠ -١٢ (١٩٦٩/٢/١٥) ٣٧٣/٤٨/١٤)
وراجع في هذا الشأن أيضا فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٠٦٥ في ١٩٨٨/١٠/٢٥ جلسة (١٩٨٨/١٠/٥) ٤٣ ،٤٤ /٨٢٧/٢٩٤) والفتوى رقم ١٣٢٢ فـي ١٩٨٨/١٢/٢٢ جلـسة ١٩٨٨/١١/٣٠ ٤٣ ،١٠٢/٣٥/٤٤ ، والفتـوى رقـم ٥٤٨ فـي ١٩٨٩/٥/٣١ جلسة ١٩٨٩/٤/٥) ٤٣ ،٤٤ ، ١١٩ ، ٢٣٠) والفتـوى رقـم ٢٦٦ فـي ١٩٩٠/٣/٧ جلسة ١٩٩٠/٢/٢١) ٤٣ ، ٤٤ ، ٢٣٧ ، ٦٦٨) .
(٢) حكم الإدارة العليا رقم ٩٨٨ -٩ (١٩٦٧/٥/٢٠) ١٠٨٥/١١٨/١٢)

المادة المسلمة إليه بحيث يكون مسئولا عن ضياعها ، وأن يراعي في استخدامها الأصول الفنية ، فيتجنب الإفراط أو التفريط في استعمالها وأن يؤدي حسابا لرب العمل عما استعمله منها ، ويرد له الباقي إن وجد فإذا ما أنجز عمله التزاما بالعمل المطلوب إنجازه إلي رب العمل بموجب التزام في ذمته بالتسليم ناشئ عن عقد المقاولة ، فإذا أخل بهذا الالتزام كان لرب العمل وفقا للقواعد العامة أن يطلب تنفيذ الالتزام عينا ولو جبرا علي المدين به ، بحسبان أن تنفيذ العيني هو الأصل في تنفيذ الالتزام أخذا بإرادة طرفيه التي تقوم بينهما مقام القانون فإذا استحال عليه الحصول علي عين حقه كان عليه أن يقنع بالتعويض كبديل عن التنفيذ العيني ما دام أن ذلك لا يلحق به ضرراً [1] .

سابعا : لا يجوز التنازل عن التنفيذ في العقد الإداري للغير إلا بعد موافقة جهة الإدارة

" من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة ، فإذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة كما هو الحاصل في هذه المنازعة، فإن التنازل يعتبر باطلا ولا يحتج به في مواجهة الإدارة فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أية علاقة ويبقى المتعاقد الأصلي مسئولا في مواجهة الإدارة في كلتا الحالتين[2].

ومن إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذا الصدد " أن القاعدة التي نصت عليها المادة ١/١٤٧ من القانون المدني من أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون هذه القاعدة هي أصل من أصول القانون تنطبق في العقود المدنية والعقود الإدارية علي حد سواء إلا أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناط احتياجات المرفق الذي يستوجب العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة

---

(١) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٢٠٢٥ في ١٩٩٢/١٢/١٦ جلسة ١٩٩٢/١٢/٦) ٤٧ .

(٢) راجع حكم الإدارية العليا رقم ١١٠٩-٨ (١٩٦٣/١٢/٢٨) ٣٢٤/٢٩/٩

بشأنه علي مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يحب أن يعلو الصالح العام علي المصلحة الفردية الخاصة ، وهذه الفكرة هي التي أملت الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وفحواها عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية عن العقد بيد أن هذا الأصل يجيز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد خاصة إذا ما قدرت الجهة الإدارية مثل الحالة المعروضة أن مقتضيات الصالح العام تبيح قبول نزول المتعاقد معها عن العقد بهدف تسيير المرفق العام الذي يستهدفه العقد [1] .

وعن مدي جواز تضمين مشروع العقد جواز التنازل عن العقد ، فقد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلي وجوب الالتزام عند إبرام العقد بالأصل المقرر في تنفيذ العقود من عدم جواز التنازل عن العقد حتي لا تكون العقود الإدارية مجالا للوسطات والمضاربات .

وبيان ذلك استظهرت الجمعية العمومية " أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة بشأنه علي مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متساوية إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يعلو فيها الصالح العام علي المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي أملت الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وفحواها عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية عن العقد ، وحتي لا تكون العقود الإدارية مجالا للوساطات والمضاربات – الثابت من الأوراق أن الإجراءات السابقة علي إبرام مشروع العقد في الحالة المعروضة لم يتبرم خلالها بعد اتفاق بين الطرفين علي مبدأ التنازل عن العقد أو حوالة الحقوق الناشئة عنه للغير ولم تتحدد بعد حقوق الطرف الآخر المتعاقد مع جهة الإدارة وإذا كان المعروض للمراجعة محض مشروع للعقد فإنه يتعين الالتزام عند إبرامه بحكم المادة ٧٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات

---

(١) أنظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٥١٤ بتاريخ ١٩٩٦/٧/١٦ ملف رقم ٣٣٦/١/٥٤ جلسة ١٩٩٦/٦/١٩ .

والمزايدات آنفة البيان خاصة وأن اللائحة المالية للجهة الإدارية راغبة التعاقد خلت من النص علي إباحة هذا التنازل خاصة وأن اللائحة المالية للجهة الإدارية راغبة التعاقد خلت من النص علي إباحة هذا التنازل وأحالت عند غياب النص إلي القواعد العامة المعمول بها في الدولة التي تتمثل في أحكام اللائحة التنفيذية سالفة البيان بحسبانها الشريعة العامة في التعاقد للجهات الإدارية – مؤدي ذلك : وجوب الالتزام بحكم المادة (٧٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات عند إبرام العقد في الحالة المعروضة [1] .

وتنص المادة ٧٦ من قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ علي أنه " لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد ، كما لا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق .

كما تنص المادة ٨٠ من ذات اللائحة سالفة الذكر علي أن " يلتزم المقاول بأن يتحري بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولا تبعا لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمه منه " .

يتبين مما تقدم أن التزامات المتعاقد مع الإدارة هي التزامات يراعي فيها شخصية المقاول أو المورد ، وفي كافة الأحوال يكون المقاول مسئولا عن تنفيذ التزاماته ولو تنازل عن تنفيذ العقد للغير كما يلاحظ أن نزول المقاول أو المتعهد عن المبالغ المستحقة له لا يخل بما يكون لجهة الإدارة من حقوق قبله .

---

(١) راجع في ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٩٢٤ بتاريخ ١٩٩٦/١١/١٣) جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٣ ملف رقم ٣٣٥/١/٥٤)

ثامنا : تتحدد حقوق المتعاقد مع الإدارة وفقا لنصوص العقد :

ذكرنا فيما سبق أن " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين " المعروف في العقود المدنية يسري في شأن العقود الإدارية ، وتطبيقا لذلك فإن حقوق المتعاقد مع الإدارة ، وما قد يطرأ عليه من تعديلات تتحدد وفقا لنصوص العقد المبرم بينهما.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها " أن مهمة مهندس العقد المشرف علي تنفيذه هي الإشراف علي تنفيذ العقد وفق شروطه المتفق عليها ، وإصدار ما يلزم من الأوامر والتعليمات في حدود تلك الشروط ، وليس لمهندس العقد أن ينفرد بتعديل العقد ، واستحداث التزامات مالية جديدة علي عاتق الجهة الإدارية لم تلتزم بها عند إعداد موازنة العقد المعتمدة ، ويتعذر تدبير مصرفها المالي ، وليس للمقاول أن يتستر وراء التعليمات الشفهية ، وينسب صدورها إلي مهندس العقد لكي يتذرع بها سبيلا إلي تعديله بنقل الجهة الإدارية بالتزامات مالية جديدة لا تنشق من العقد الأصلي إذ أن مثل هذا التعديل لا غني عن صدوره من جهة مختصة بإجرائه الصحيح ، ولا ينتج التعديل أثرا إذا ما تنكب هذا السبيل [١] .

تاسعا : الثمن المتفق عليه في العقود الإدارية يقيد طرفيه كأصل عام ولا يوجد مانع قانوني من الاتفاق علي تعديله :

مما لا شك فيه أن الثمن المتفق عليه بين جهة الإدارة والمتعاقد الآخر علي سعر الوحدة أو علي سعر تكليفه تنفيذ الأعمال أو سعر المواد المطلوب توريدها يتقيد به كل من طرفي التعاقد وهذا هو الأصل العام ، ومع ذلك يجوز اتفاق كل من جهة الإدارة والمتعاقد معها علي تعديل هذا الثمن كلما طرأت ظروف تقتضي ذلك وليس في هذا الاتفاق ما يخالف حكم القانون [١] .

---

(١) أنظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٤٩٠ (١٩٩٥/٦/١٣) ٤٠ ق

(١) أنظر في هذا المعني حكم الإدارية رقم ١٢٢٢-١٢(جلسة ١٩٧٠/١/١٧)وكذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع رقم ١٠٢٠ في ١٩٧٨/١٢/١٩ جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨) ٤١ ، ٤٢، ١٨٣ ، ٨،

وتطبيقا لذلك قررت المحكمة الإدارية العليا أن " لا يسوغ للإدارة كذلك أن تتذرع بأن الثمن قد حدد على أساس سعر الوحدة ولم يحدد بصفة إجمالية ، إذ أن تحديد الثمن على أساس سعر الوحدة لا يعنى أن من حق جهة الإدارة أن تبعض الصفقة ، كما تشاء بعد أن حدد سعر الصفقة بأكملها على أساس مجموع الوحدات التى كانت محلا للتعاقد ، إذ أن تحديد سعر معين للوحدة يراعى فيه عدد الوحدات ، ولا يعنى هذا أن كل وحدة من وحدات الأصناف المبيعة تساوى الثمن الذى قدر لها ، وأنها تساوى الوحدة الثمن المقدر لها إذا اجتمع مع باقى الوحدات ونظر إليها بأكملها كوحدة ، ولا سيما إذا كان المبيع أصنافا تالفة أو مستعملة تتفاوت حالة كل وحدة منها عن الأخرى [٢] .

عاشرا : من المبادئ المستقرة فى تفسير العقود أنه إذا كانت عبارة الاتفاق صريحة واضحة فهى لا تحتمل تأويلا ولا يسمح بالانحراف عن مدلولها الظاهر وعبارات العقد بكافة أجزائه يفسر بعضها البعض والعبارة المطلقة التى ترد فى أحد أجزائه يحددها خصوص العبارة التى ترد فى موضوع آخر من العقد إذ الخاص يقيد العام ومقتضى إعمال هذا المبدأ :

من المبادئ العامة فى تفسير العقود التى اتفق عليها الفقهاء وأجمعت عليها أحكام المحاكم أن نصوص العقد يفسر بعضها بعضا ، وإذا تضمن العقد عبارة مطلقة عامة وردت فى أحد أجزائه فالذى يحدد فحوى هذه العبارة ويخصصها ما يرد فى عبارة أخرى فى موضوع آخر من العقد طبقا للمبدأ العام الخاص يقيد العام . وتطبيقا لذلك : –

استظهرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى مجال تفسير عقد مبرم بين إحدى الجهات الإدارية وإحدى شركات توريد مواد البناء فى مسألة مدى التزام جهة الإدارة فى تعويض هذه الشركة المتعاقدة فى حالة زيادة أسعار مواد البناء اللازمة لتنفيذ العمل المتفق عليه ، وكذلك فى حالة زيادة أسعار مواد البناء التى لم تستلزمها الرسومات والمواصفات الخاصة بتنفيذ المقاولة والتى قررت

---

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٥٤ – ١٢ (١٩٧٠/٤/١١) ٢٦٤/٤٣/١٥ .

الشركة أن لها مصلحة فى استخدامها فقد ارتأت الجمعيـــة العموميـــة الآتـــى " أن الحالة المعروضة لا تجعل للشركة حقا سوى فى استئداد فروق أسعار الأسمنت بعد أن خصص محضر المفاوضة عموم ما ورد فى الشروط العامة وجـــاء بعبـــارات صريحة لا تحتمل التأويل تقرر للشركة الحق فى تقاضى فروق أسعار مواد البنـــاء المسعرة جبريا ، والتى لا تندرج فيها بطبيعة الحال الوقود والمواد المتفجرة التـــى تطالب الشركة بالفروق الناشئة عن زيادة أسعارهما أما بالنسبة لحديد التسليح فإنـــه إن كان من مواد البناء إلا أن الشركة لا تستحق الفروق الناشئة عن زيـــادة ســـعره باعتبار أن رسومات بلوكات الدولة المرفقة بالعقد وعلى ما جـــاء بكتـــاب الهيئـــة المصرية العامة لحماية الشواطئ – لا يوجد بها حديد تسليح لزوم عمل الجنـــشات ولم يطلب من الشركة إضافة مثل هذا العمل ، وما قامت به الشركة كان ضـــروريا لها لسهولة نقل وتشوين ورص البلوكات من مكان إلى آخر تفاديـــا لأى إتـــلاف أو تكسير لهذه الوحدات مما يسبب خسائر كبيرة للشركة " فالهيئة لا تلتـــزم بتعـــويض الشركة إلا فى حالة زيادة أسعار مواد البناء اللازمة لتنفيذ العمـــل طبقـــا لمـــا تـــم الاتفاق عليه فى العقد .

أما مواد البناء التى لم تستلزمها الرسومات، والمواصفات الخاصـــة بتنفيـــذ المقاولة وإنما قدرت الشركة إن لها مصلحة فى استخدامها فهى مثلما غنمت منفردة منفعتها تتحمل وحدها بأعبائها [1] .

حادى عشر : التنازل عن شرط من الشروط الواردة فى العقد هو عمل إرادى يشترط فيه اتجاه الإدارة بصورة مباشرة وصريحة إلى هذا التنازل:-

وهذا المبدأ يجد مجال تطبيقه فـــى حالـــة ورود عطـــاءات المتناقـــصين بعطاءاتهم مشمولة بتحفظات فإذا جاء قرار لجنة البت خلوا من أى تعليق أو رفض لهذا التحفظ ، ، وموافقة الجهة المختصة على القرار وحرر العقد مع المتعاقـــد دون الإشارة إلى التحفظ الوارد فيكون إرساء العطاء على المقاول قد تم قبول الإيجـــاب المقدم منه بالوضع الذى تقدم به ويكون التعاقد قد تم فعلا على أساس الشروط التى

---

(١) فتوى رقم ٨٧) فى ١٩٩٣/٣/٧ جلسة ١٩٩٣/١/٣١) ٤٧ .

اشتملت هذا العقد بما فيها ذلك التحفظ فلا يجوز التعديل أو التغيير فى العقد بعد إبرامه إلا بموافقة الطرفين : وتطبيقا لذلك استظهرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى مجال تطبيق هذا المبدأ إفتاءها التالى " .. ومن حيث إنه بإرساء العطاء على المقاول يكون قد تم قبول الإيجاب المقدم منه بالوضع الذى تقدم به ، ويكون التعاقد قد تم فعلا على أساس الشروط التى تقدم بها فى ذلك التحفظ الذى قدمه أسوة بغيره من المتناقصين بما لا يخل بمبدأ تكافؤ الفرص بين المتناقصين ، وذلك وفق القواعد التى جرى بها قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، ولا يغير من ذلك تحرير عقد لاحق لم يرد به الشرط الوارد بالتحفظ ذلك أن هذا العقد لا يعدو أن يكون تسجيلا لما تم الاتفاق عليه بموجب رسو العطاء فلا يجوز التعديل أو التغير فيه ولا يجوز القول أن المقاول تنازل عن تحفظه بموجب هذا العقد ذلك أنه فضلا عن أنه ورد بهذا العقد أن يقوم المقاول بتنفيذ العملية حسب أسعاره المقدمة فى المناقصة بما يفهم منه الأسعار بما فيها من تحفظات فإن التنازل عن شرط من الشروط هو عمل إرادى يشترط فيه – شأنه – شأنه فى ذلك شأن سائر الأعمال الإرادية تجاه الإدارة بصورة مباشرة وصريحة إلى هذا التنازل وهو ما لم يتحقق فى الحالة المعروضة . ومن حيث إنه لما تقدم فإن المقاول المذكور يستحق تقاضى فروق أسعار مواد البناء الناجمة عن زيادة أسعارها الجبرية خلال تنفيذ العملية سالفة الذكر [1] .

ثانى عشر : تتم عملية إبرام العقد الإدارى وتنفيذه حسبما تقتضى به القوانين واللوائح التى تتم هذه العملية فى ظلها :

معلوم أنه يفترض علم الكافة بالقوانين واللوائح التي تنظم معاملتهم فإذا تم التعاقد بين الإدارة والأفراد علي أمر معين فإنه يفترض أن كلا من طرفي التعاقد قد أرتضوا كل ما ورد في عملية التعاقد من أحكام .

وكذلك كل ما ينظم العملية التعاقدية من قوانين ولوائح فهي تندرج في

(١) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٤٧ فى ١٩٨٤/١/١٧ جلسة ١٩٨٣/١١/١٦) ٣٧ ، ٣٧٣/١٥٥/٣٨) .

شروط عقدهم وتصير جزءا لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بهـا مـا لـم ينص العقد صراحة علي استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام ، وفي هذه الحالة لابد أن تتضمنها نصوص العقد ولو اتفق الطرفـان علـي استبعادها ، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا علي أن " ومـن حيـث إن قضاء هذه المحكمة جري علي أن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنمـا تخاطب الكافة وعلمهم بمحتوياتها مفروض ، فإن اقبلوا حال قيامها علي التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكامها ، وحينئذ تندرج في شروط عقودهم وتصير جزءا لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بها مـا لـم ينص العقد صراحة علي استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام ، ولما كان قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذيـة قـد نظمـا صرف دفعات مقدمة تحت الحساب وذلك بموافقة سلطات لها أولوية معينـة وردت بنص المادة ٦٧ من اللائحة وبشرط تقديم خطاب ضمان بنكي كـل ذلـك بطبيعـة آمره مما يعني تعلقها بالنظام العام ومن ثم فإنه طبقا لما تقدم لا يجوز الاتفاق علـي مخالفتها في اتفاق خاص أو عقد منفصل ، وتلقاء ذلك فإنه في الطعن الماثل يتعـين إعمال النسبة التي نصت عليها المادة ٦٧ من اللائحة التنفيذية للصرف المقدم وهي نسبة ٥٠% من قيمة الأصناف بموافقة رئيس الإدارة المركزية المخـتص ونـسبة ١٠٠% بموافقة الوزير المختص ، ولا اعتداد بالنسبة التي وردت بـأمر التوريـد وهي ٨٠% من قيمة الكميات المتعاقد عليها ، وإذا عطلت الجهة الإدارية المتعاقـدة حكم المادة ٦٧ من اللائحة التنفيذية فإنها تكون قد طبقت القواعد القانونيـة تطبيقـا صحيحا وبذلك ينتفي وصف الخطأ العقدي علي تصرفها وبالتـالي ينهـار طلـب التعويض الذي يطالب به الطاعن ، وإذ أنتهي الحكم المطعون فيه إلي هذه النتيجـة فإنه يكون قد حالفه الصواب [1]

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٩٥ -٣٤ جلسة ١٩٩٣/٦/٢٩)٣٨

ثالث عشر : التضامن لا يفترض في العقود الإدارية :-

من حيث إن المستفاد من المادة ٢٧٩ من القانون المدني أن التـضامن بـين الدائنين والمدنيين لا يفترض ، وإنما يكون بناء علي اتفاق أو نص في القانون ، وهذا يقتضي أن تكون دلالة الاقتضاء في التضامن واضحة لا خفاء فيها فإذا اكتنف الـشك حول هذه الدلالة وجب أن يؤول لنفس التضامن لا لإثباته فلا يكفي قيام التـضامن أن تكون الظروف مرجحة قيامه بل يجب أن يكون فيه طرفا التعاقـد قـد اتجهـا إلـي التضامن ، وعلي من يدعي التضامن أن يقيم الدليل عليه ، وعند الشك حول وجـود تضامن من عدمه يعتبر التضامن غير قائم ، ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا فـي هذا الشأن " ومن حيث أن المدعي عليهما وإن كان قد تقدما معا إلي المناقصة ووقعـا العقد غلا انه لم يرد بالعقد ولا بالأوراق اللاحقة مثل كتب الضمان وغيرها ما ينبـئ عن قيام التضامن من بينهما في أية مرحلة من مراحل التعاقد أو التنفيذ ولمـا كانـت المدعية قد طلبت الحكم عليهما متضامنين دون أن تقدم أي دليل مـن الأوراق علـي وجود التضامن ، لذلك يكون هذا الطلب غير قائم علي أساس من القانون ، ويكـون الحكم المطعون فيه قد أصاب الحق فيما تضمنه قضاؤه من رفض هذا الطلب .

ولا صحة للقول بأن العملية مثار المنازعة عملية تجارية بالنـسبة للمـدعي عليهما وإن العرف التجاري يقضي بوجود تضامن بين الملتزمين المتعددين بالـديون دون حاجة لنص خاص في العقد أو القانون لا صحة في ذلك لأن الدين المطلوب به ناشئ عن تنفيذ عقد إداري يستقل كأصل عام بمبادئه وأحكامه عن تلك التـي تحكـم روابط القانون الخاص ، وهو الأمر الذي لا يلتزم معه القضاء الإداري بتطبيق أحكام القانون الخاص علي الروابط العقدية الإدارية ، وإنما يستأنس بهـا بالقـدر الـذي لا يتعارض مع طبيعة هذه الروابط ــ، واستهداء بهذه القواعد سارت هذه المحكمة فـي قضائها في مجال العقود الإدارية علي الاستئناس ببعض أحكام القانون المدني ومـن بينها أحكام التضامن باعتبار أنها من الأصول العامة في الالتزامات الواجبة الاتبـاع في شأن العقود الإدارية وذلك دون التقيد بالقواعد التجارية في هذا الشأن [1]

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الطعـن رقـم ٥٥٨-١٦ جلـسة ١٩٧٥/٥/٣) ٣٦٥/١٠٢/٣٠

رابع عشر : لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام :-

لا يجوز لجهة الإدارة أن تتصالح في أي مسألة تثور بصدد تنفيذ العقد الإداري إذا كانت هذه المسألة تتعلق بالنظام العام ، ولجهة الإدارة أن تلجأ إلى الصلح إذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تحسر النزاع .

وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا " أنه لا يقدح في اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانه ما أثير من أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ومن ذلك الاتفاقات الحاصلة علي كيفية المحاسبة بشأن تنفيذ العقود الإدارية ذلك أن هذا القول لا يصدق علي حقوق الجهة الإدارية المالية المترتبة علي العقود الإدارية إلا إذا كانت هذه الحقوق محسومة بصفة نهائية ولست محلا للنزاع فعندئذ لا يجوز التنازل عنها إلا طبقا لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ في شأن قواعد التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة أما إذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر الدعوى فلا تثريب عليها إذا ما لجأت لفض هذا النزاع عن طريق الصلح [٢] .

خامس عشر : وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه :

استظهرت الجمعية العمومية أن المشرع وضع أصلا من أصول القانون يطبق فى العقود المدنية والإدارية على حد سواء وهو أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقا لما اشتملت عليه نصوصه وما تضمنته أحكامه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ومقتضى ذلك أن يلتزم كل من طرفى العقد بتنفيذ ما اتفاق عليه وما تلاقت عليه إرادتهما المشتركة. [٣]

---

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الدعوى رقم ٨٠٣-١١ جلسة ١٩٦٨/٢/١٠) ٤٦٤/٦٤/١٣

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣٣٤ - بتاريخ ٢٠٠٠/٦/١٧ ملف رقم ٣٠٣٣/٢/٣٢ - جلسة ٢٠٠٠/٥/٣ .



الفصل الثاني

(سلطات الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري)

تمهيد وتقسيم

تسيطر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين علي العقد المدني وهذه القاعدة تنبثق منها مبادئ عديدة منها أن العقد المدني لا يجوز نقضه ولا تعديله ، ولا إنهاؤه إلا بإرادة الطرفين المتعاقدين فما تعقده اراديتان لا تحله إرادة واحدة إلا إذا أجاز القانون ذلك مثل عقد الوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل ، وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية علي جواز تعديل العقد لاعتبارات العدالة فقد أجاز القانون المدني تعديل الشرط الجزائي (م ٣٢٤) وأجاز منح المدين نظرية الميسرة (م ٣٤٦) وأجاز الرجوع في الهبة (م٥٠٠) وأجاز تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩) وأجاز رد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة (م ٣/١٤٧) .

ولكن في العقد الإداري نجد أن للإدارة امتيازات قبل المتعاقد علي خلاف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلها تعديل العقد بإرادتها المنفردة ولها توقيع جزاءات علي المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته ولها الحق في إنهاء العقد ويرجع أساس تمتع الإدارة بكافة هذه الامتيازات إلي مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام وأطراد وهذا يقتضي تغليب المصلحة العامة علي مصلحة الأفراد الخاصة [1]

وتتجلي ممارسة جهة الإدارة بسلطاتها بصدد تنفيذ العقد الإداري فيما يلي :

اولا : سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد .

ثانيا : سلطة توقيع الجزاءات علي المتعاقد .

ثالثا : سلطة تعديل بعض نصوص العقد وشروطه .

---

(١) راجع في صدد هذا المعني حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٢٠ -٢ (١٩٥٧/٤/٢٠)٩٣٧/٧/٢ وراجع في هذا المعني حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٤٢٥٨ سنة ٩ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/١٩ وفي الدعوى رقم ١٨٣٧ سنة ١٠ ق بجلسة ١٩٥٧/٣/١٧ وفي الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق جلسة ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ .

رابعا : سلطة الإدارة في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد .

وتحرص محكمة القضاء الإداري المصرية في معظم أحكامها الصادرة بهذا الخصوص سواء القديم منها والحديث علي إبراز مظاهر تلك السلطات ، ونذكر علي سبيل المثال حكمها الآتي الذي تقول فيه بعد أن أبرزت خصائص العقد الإداري وفقا للمبادئ المقررة في القانون الإداري " وهذا القانون يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة علي تنفيذ العقد ، وسلطة توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماتــه ثــم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها بل إن لها حــق إنهــاء العقــد إذا رأت حــسب مقتضيات المصلحة العامة – أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري وهي تتمتــع بهــذه الحقوق والسلطات حتي ولو لم ينص عليهما في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام ، وهذا كله دون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين بالمعني المفهوم من ذلك في القانون المدني ، ومن هنــا يبــدو واضــحا أن كفتــي المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئة علي خلاف الأمر في العقود المدنية حيث يكون التعاقد ثمرة مناقشة حرة بين الطــرفين ، وحيــث تــضبط حقــوق الطــرفين والتزاماتهما بما تنتهي إليه هذه المناقشة، وعلة ذلك هو تباين الأهداف عند كــل مــن طرفي العقد الإداري [1] وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا أيضا ومن أحكامها في هذا الصدد بعد ان أبرزت صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة ، ومقتــضيات هــذه الصلة استطردت تقول " يترتب علي ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه علــي تنفيذ العقود الإدارية ولها دائما حد تغيير شروط العقد وإضافة شــروط جديــدة بمــا يتروي لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخــر بقاعــدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب عليها كذلك ان للإدارة سلطة إنهــاء العقــد إذا قدرت إن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحــق فــي التعويض إن كان له حق ، وذلك كله علي خلاف الأصل في العقود المدنية [2] .

وانطلاقا من طبيعة العقد الإدارية واتصاله بالصالح العام فإن لــلإدارة أن

(١) راجع حكمة محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٨٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٦٨/٣/٢ ســنة ١٣ ق صــفحة رقــم (٦٢٥) .

تتمتع بمظاهر كثيرة دون حاجة إلي أن ينص علي ذلك في العقد ويترتب علي ما سبق النتائج الآتية :-

أ- أن عدم تضمين العقد أي سلطة من السلطات السابقة لا يعني ذلك عدم أحقية الإدارة في أن تمارس هذه السلطات حيث إن مرجع حق الإدارة في ممارسة هذه السلطات هو طبيعة العقد ، وما للإدارة أن تمارس حقوقا تدعو إليها حاجة العقد وتستمد العقد سلطاتها في ذلك من مبادئ القانون الإداري مباشرة رغم ان طبيعة العقد الإداري تخول لها مباشرة هذه السلطات .

ب- للإدارة أن تمارس السلطات المنصوص عليها في العقد ، وكذلك غير المنصوص عليه فيه.

جـ- لا تستطيع الإدارة أن تتفق في عقد تبرمه بينها وبين الأفراد علي التنازل عن استعمال تلك الحقوق كافة أو بعضها ولا أن تقيد حقها في ممارستها لأن هذه الحقوق لا يمكن أن تكون محلا للتعاقد أو التصالح بينها وبين الأفراد وكل اتفاق يبني علي خلاف المبادئ السابقة فهو باطل .

وعلي ذلك فسوف نفرد في هذا المبحث مدي حق الإدارة في مباشرة الامتيازات المخولة لها في العقد الإداري .

المبحث الأول

(سلطة جهة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد)

قدمنا فيما سبق أن أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو أن العقد الإداري مناط سد احتياجات المرفق العام وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وهذا يقتضي أن يكون للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقودها الإدارية .

١- جوهر سلطة الرقابة : Le pouvoir de controle

حق الرقابة مرادف لمعني الإشراف controle. Survillance المعروف في القانون الخاص، ومضمون سلطة الرقابة هو التحقق من أن تنفيذ العقد يتم وفقا للشروط المتفق عليها مع المتعاقد ، وتتم هذه الرقابة إما بأعمال مادية كالتفتيش على الوثائق والمستندات الخاصة باستغلال المرفق التي في حوزة المتعاقد للإطلاع عليها وفحص البيانات التي تحتويها ، وإيفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل ، وفحص المواد المستعملة وقد تتم الرقابة في صورة أعمال قانونية كإصدار أوامر تنفيذية أو إنذارات تلزم فيها المتعاقد معها بأن يتم بصورة قانونية كإصدار أوامر تنفيذية أو إنذارات تلزم فيها المتعاقد بأن ينجز الأعمال المنوط به بطريقة معينة وكل ما تقدم بعد تمهيدا لتسليم العمل بتمامة عند إتمامه فهو مكمل لرقابة الفحص عند التسليم La reception ولا تتقيد جهة الإدارة في ممارسة حق الرقابة بالطرق المنصوص عليها في العقد (١) .

فحوى سلطة التوجيه Pouvoir de direction

هو حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ بما يتفق مع أنسب الطرق والأوضاع التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق ويتم التوجيه بواسطة إصدار تعليمات بإتباع طرق معينة في التنفيذ أو إصدار أوامر إدارية لتوجيه توقيت أعمال التنفيذ (٢) .

---

(١) راجع الفقيه دي لوبادير : المطول في العقود الإدارية الجزء الثاني صفحة رقم (٣٢٥) وما بعدها

(٢) أنظر Georgel – contrats – j.c.Aop cit ١٩٦٨ fasc.٥١٠.p.٢ وكذلك الفقه بيكنيو في " النظرية العامة في العقود الإدارية سنة ١٩٢٦ p.٥١٠ صفحة رقم (١٠) ومن الفقه العربي راجع للدكتور / سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية صفحة رقم

وتتمتع جهة الإدارة بحقها فى الرقابة والتوجيه بالنسبة لجميع العقود الإدارية استناد إلى نصوص العقد ودفاتر الشروط أو ما يرد فى القوانين واللوائح وحينئذ يجب إعمال النصوص التعاقدية أو اللائحية وقد تخلو نصوص العقد من مباشرة هذا الحق ورغم ذلك يكون للإدارة حق مباشرته ولكن تختلف حدود مباشرة هذا الحق باختلاف طوائف العقود التى تنظمها فهى تضيق بالنسبة لبعضها وتتسع بالنسبة لبعضها الآخر . وهذا يقتضينا التعرض لتطبيقات حد الرقابة والتوجيه المخول لجهة الإدارة فى مجال عقد التزام المرافق العامة وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد .

سلطة الرقابة فى عقد التزام المرفق العام :

يبنى عقد التزام المرافق العامة على نقطتين أساسيتين هما أن الملتزم مكلف بإدارة المرفق ، والإدارة تراقب هذا الالتزام . وسلطة الرقابة هنا لها خصائصها ونطاقها وحدودها فهى ليست مطلقة بل الإدارة مكلفة بها فى نطاق معين والقضاء الإدارى يراقب ذلك .

ماهية سلطة الرقابة فى عقد الالتزام :

ينبغى ملاحظة أن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة فى عقد الالتزام مصدرها القانونى هى اللائحة التى تخول لجهة الإدارة إبرام عقد الالتزام ، ومن ثم فهذه السلطة توجد ، ولو لم تتضمنها نصوص العقد ، وإذ نص عليها العقد فإنها لا تستمد وجودها منوه لأنه فى هذه الحالة يكشف عنها ولا ينشئها [(١)]

وبديهى أنه كما ذكرنا سابقا أن سلطة الرقابة هى سلطة لائحية فمن ثم

---

(٤٤٥) والدكتور / فؤاد مهنا : القانون الإداري العربي صفحة رقم (١٢١٧)

(١) أنظر جيز : العقود الجزء الثانى سنة ١٩٣٢ صفة رقم (٣٦٦ ، ٣٧١) ودى لوبادير : المطول فى العقود الإدارية صفحة رقم (٣٤٣) . والدكتور / توفيق شحاته : التزام المرفق العام – رسالته بالفرنسية سنة ١٩٤١ صفحة رقم (٩٣) وعكس اتجاه الفقهاء السابقين فى أن سلطة الرقابة تتواجد ولو لم تتضمنها نصوص العقد . الفقيه / جان ديفو : فهو يذكر هذه السلطة على الإدارة إذا لم تتضمنها نصوص العقد أو نصوص دفاتر الشروط المطبقة على المرفق محل الالتزام " أنظر فى ذلك مؤلفة التزام المرفق العام صفحة رقم (١٧) .

فهذه السلطة لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها كليا أو جزئيا فهى توجد حتى ولو نص العقد على استبعادها [1]

ويترتب على الطبيعة اللائحية لسلطة الرقابة فى عقد الالتزام أن الطعن على القرارات الصادرة بتنظيم هذه السلطة يكون عن طريق قضاء الإلغاء [2] .

ولما كان الهدف من سلطة الرقابة هو تحقيق الصالح العام فإن هذه السلطة تمتد إلى كل دائرة عمل فى المرفق فعلى الملتزم إتاحة الفرصة لمندوب الإدارة بالقيام بالفحص والتعرف على كافة الأعمال المتعلقة بإدارة المرفق . وقد قررت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ١٩٥٧/١/٢٧ بأن الدولة حينما تبرم عقد الالتزام فإنها لا تكون طرفا فى الاتفاق بصفة شخصية خاصة كما تتولى إدارة أموالها الخاصة بل بصفتها سلطة عامة من مهمتها بل من واجبها ضمان سير المرافق العامة واستغلالها وإدارتها وكفالة ذات محققة بما لها من حقوق الإشراف والتدخل والتعديل حسبما تمليه المصلحة العامة ، وهذه الحقوق لا تملك السلطة مانحة الالتزام التنازل عنها .

نطاق سلطة الرقابة فى عقد الالتزام :

تنص المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة بعد تعديلها بالقانون ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ١٨٥ تنص على أنه " لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية الإدارية والمالية ، وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من

---

(١) أنظر الدكتور / توفيق شحاته : رسالته المرجع السابق صفحة رقم (٩٣) .

(٢) انظر جيز : العقود الجزء الثانىصفحة رقم (٣٧٥) .

الدكتور / توفيق شحاتة رسالته ألسابقة صفحة رقم (٩٤)

الناحية المالية أو أن يعمد بالرقابة الفنية والإدارية إلى أى هيئة عامة أو خاصة كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة ، وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحى التى أنيط بها رقابتها. وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يُقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على المرفق فى أى وقت .

ويلاحظ أن نص المادة المذكورة كان قبل تعديله يقتصر على الرقابة من الناحية المالية فقط دون الفنية ، وبررت المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ هذا التعديل بقولها والحكم الوارد فى المادة سالفة الذكر (السابعة) وإن أبرز حق رقابة الملتزم من الناحية المالية إلا أنه من المسلم به أن حق الرقابة فى أصله ليس قاصرا على الرقابة المالية دون غيرها بل يمتد إلى الناحيتين الفنية والإدارية ، وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام . وبعبارة أخرى إن الطبيعة القانونية للمرفق العام هى الأساس القانونى لسلطة الدولة فى الرقابة ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور ، ومن مقتضى مراقبة سير المرفق العام أن يكون للدولة مندوبون فى جميع إدارات وفروع المرفق العام تكون مهمتها دراسة كيفية قيام الملتزم بإدارة المرفق وتقديم توصياتها للدولة فى هذا الشأن .

كما جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ بتعديل ذات المادة (السابعة) وحق الرقابة على الملتزم حق أساسى مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه ، وهو حق ثابت لجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه فى العقد بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام ، وقد تضمن المشروع المقترح تعديل نص المادة السابعة فى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ مما يكفل تحقيقا لرقابة

أدق على الملتزم لكفالة سير المرفق العام ، واستطردت المذكرة تقول " ولئن كان المشروع قد تضمن صورا متعددة من الرقابة لكفالة سير المرافق العامة وانتظامها إلا أن اختيار أحد هذه الوسائل أو الجمع بينهما مرده إلى الوزير المختص أو الجهة المختصة . إذ يترخص فى تقدير ملاءمة كل منها لاحتياجات المرفق العام ، وما يقتضيه نظام سيره بما يحقق المصلحة العامة فى ضوء احتياجات المرفق العام . وللوزير المختص أن يختار ما يناسبها من وسائل الرقابة ، وما يتلاءم معها من صور هذه الرقابة فلا يجمع بين أكثر من صورة منها إلا إذا قدر أنها أولى إلى تأمين سير المرفق وتغليب المصلحة العامة التى يتغياها العقود الإدارية .

وأيا كان الأمر فإن المستفاد مما تقدم أن سلطة الرقابة المخولة للدولة فى مراقبة تنفيذ عقد التزام المرافق العامة متعددة فهى قد تكون رقابة إدارية تتمثل فى اشتراك الجهة الإدارية فى إدارة المنشأة عن طريق مندوبيها ، وحق الإشراف على سير المرفق والمشاركة فى إصدار القرارات الداخلية المتعلقة به ، وقد تصل ممارسة جهة الإدارة لحقها فى مراقبة الملتزم فى عقد التزام المرافق العامة إلى تعيين مدير للمنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة [1] .

كما يستفاد من النص سالف الذكر أن للإدارة حق الرقابة المالية على الملتزم فى فحص الحسابات وحقها فى قبول أو رفض المصروفات المدرجة فى الكشوف وكذلك حق الرقابة على العقود التى يبرمها الملتزم مع الغير المتعلقة بتسيير العمل بالمرفق محل عقد الالتزام .

وقد أقر القضاء الفرنسى حق الإدارة فى مباشرة حق الرقابة المالية قبل الملتزم وذلك فى حكمه الصادر فى ١٨ يوليو سنة ١٩٣٠ فى قضية شركات السكك الحديدية P.L.M [2]

وقد تضمن تقرير مفوض الحكومة (جوس) بشأن هذه القضية بأن " الرقابة المالية تنقسم إلى رقابة لاحقة aposteriori ورقابة سابقة أو مانعة

---

(١) أنظر الدكتور / توفيق شحاتة : رسالته المرجع السابق صفحة رقم ٩٥ .

(٢) C.E. ١٨ Juillt ١٩٣٠. Societe. P.L.M.D.P ١٩٣١. P. ١٧٢. Concl. Josse

والرقابة اللاحقة تتضمن تسوية الحسابات بقرار من الوزير المختص perventif ، وهى تخول للإدارة حق الإطلاع على المستندات التى ترى ضرورة الإطلاع عليها وحق قبول أو رفض المصروفات المفتعلة أو التخفيضات الصورية الواردة على الدخل . أما الرقابة السابقة أو المانعة فهى تنصب على الميزانيات التى يقدمها الملتزم وكذلك على العقود التى يبرمها مع الغير ، وعن طريق هذه الرقابة يمكن للإدارة تنبيه الملتزم إلى الأعمال التى قد تضر بالمصالح المالية للدولة أو لا تتفق مع الإدارة الحكيمة .

ويثور النقاش حينما لا يوجد نص فى الفقه أو فى القوانين أو اللوائح ينظم مدى حق الإدارة فى أوضاع تنفيذ لاختلاف ذلك عن اختلاف أنواع العقود ، ووفقا لمدى صلة العقد بالمرفق العام . ففى فرنسا لا نجد صعوبة فى ذلك حيث تتناول العقود الإدارية سلطات الإدارة فى التدخل فى أوضاع تنفيذ العقد ، وقد ينص على مدى سلطات الإدارة فى بعض القوانين واللوائح التى تنظم ذلك . أما فى مصر فنجد المادة السابعة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حددت ذلك على النحو سالف الذكر بينما فى عقد الأشغال العامة يخول المشروع للإدارة سلطات واسعة فى ممارسة هذا الحق على نحو ما سوف نراه .

شروط ممارسة سلطة الرقابة فى عقد الالتزام :

ذكرنا فيما سبق أن حق الإدارة فى الرقابة على عقد الالتزام ليس حقا مطلقا بل يجب أن يراعى فيه حدان هما : -

الحد الأول : أن تصدر القرارات الخاصة بالرقابة فى نطاق المبدأ العام للمشروعية:

حينما تمارس جهة الإدارة حقها فى الرقابة على الملتزم فهى تصدر قرارات إدارية يجب أن تصدر فى حدود مبدأ المشروعية دون الخروج عليه . [1]

---

(١) انظر دى لوبادير : مطوله فى العقود الإدارية الجزء الثانى صفحة رقم ٣٥١ وما بعدها وجيز العقود الإدارية المرجع السابق ، الجزء الثانى صفحة رقم ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

كما يجب أن تستهدف القرارات الصادرة من جهة الإدارة بشأن مباشرة حقها فى الرقابة على الملتزم حسن تسيير المرفق العام فإذا صدر القرار مستهدفا غير هذا الغرض أصبح مشوبا بعيب الانحراف فى استعمال السلطة . كما يجب أن تراعى الإدارة إجراءات الشكل المقررة لإصدار القرارات الإدارية .

الحد الثانى : فى ممارسة سلطة الرقابة المقرر للإدارة فى عقد الالتزام هو ألا يترتب على مباشرة هذا الحق تغيير طبيعة الالتزام أو تعديل جوهره "de naturation de la concessio" .

من سمات عقد الالتزام أن للملتزم حق إدارة المنشأة وليس للإدارة إلا حق الرقابة على مدى موافقة إدارة الملتزم للمرفق حسبما يقضى عقد الالتزام فلا يجوز لها أن تشتط فى مباشرة حق الرقابة إلى درجة أن يصير الملتزم مجرد منفذ لقراراتها . مثال على ذلك أن تقرر الإدارة عدم نفاذ العقود التى يبرمها الملتزم مع الغير بشأن مواد أو عمليات معينة إلا بعد الحصول على موافقتها مقدما على هذه العقود ، وهذا هو ما يطلق عليه نظام الإذن السابق أو الاعتماد مقدما approbation. Prealable ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذه الجزئية حكمه الصادر فى ١٨/٧/١٩٣٠ بشأن قضية شركات السكك الحديدية P.L.M. (١)

وتتلخص واقعات هذا الدعوى أن وزير الأشغال الفرنسى أصدر قرارا يمنع الشركات الملتزمة بالسكك الحديدية من أن تبرم عقودا مع الغير فيما يتعلق بإيجار الفنادق والبوفيهات وإيجار أماكن الإعلانات وبيع الزائد من القوى الكهربائية إلا بعد الاعتماد الوزارى لهذه العقود المتعلقة بهذا الشأن . إلا أن هذه الشركات أقامت الدعوى فى هذا القرار طالبة إلغاءه استنادا إلى أنه يعدل من نظام الرقابة المالية الصادر به مرسوم ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ حيث أن هذا المرسوم ينص فقط على وسيلة الرقابة فى فحص العقود التى تبرم بواسطة هذه الشركات ، وليس الإذن بها مقدما . وقد قضى مجلس الدولة بإلغاء هذا القرار استنادا إلى

---

(١) C.E. ١٨ Juillet ١٩٣٠. Societe P.L.M.R.p ١٩٣١. P. ١٧٢ concl. Josse.

مخالفة القرار المطعون فيه لنص المرسوم المشار إليه . [٢]

ماذا لو ترتب على مباشرة الإدارة لحق الرقابة فى زيادة الأعباء المالية على الملتزم؟

قد يترتب على إجراء الرقابة من جانب جهة الإدارة على الملتـزم أعبـاء مالية أو قلب التوازن المالى للعقد، فهذا لا يؤثر على مشروعية حق الرقابة المخول لجهة الإدارة لكون إجراءات الرقابة مشروعة تماما ولكن يتبقى للملتزم الحق فـى التعويض لإعادة التوازن المالى للعقد [١] .

خلاصة ما تقدم :

يبدو جليا مما سبق أن المشرع قد خول للإدارة الحق فى مباشـرة سـلطة الرقابة على الملتزم عند إدارته للمرفق إلا أن هذا الحق ليس مطلقا بـل ينبغـى أن يقتصر على مدى جدية الملتزم فى إدارة المرفق حسبما تقـضى نـصوص عقـد الالتزام وما يتمشى مع حسن إدارة المرفق باعتبار أن ذلك هو الهـدف الأول مـن إبرام عقد الالتزام ، ولا يجوز أن تشتط الإدارة عند مباشرة هذه السلطة بأن تتدخل فى طريقة إدارة الملتزم للمرفق وإلا انقلب هذا الحق من حق رقابة إلى حـق فـى الإدارة وفى هذا إخلال بالهدف الأول من عقد التزام المرافق العامة ، ومن هنا فإن حق الرقابة مناط مباشرته ثلاثة ضوابط هم :

الضابط الأول :

وجوب مراعاة مبدأ تخصيص الأهداف بأن يكون هدف الإدارة الأول هو تأمين حسن سير المرفق المدار بطريقة الالتزام .

---

(٢) يعلق مفوض الحكومة Jqsse على هذا الحكم المشار إليه بالقول " هل من الممكـن توسـيع سلطة الرقابة إلى حد وضع نظام لإذن السابق ، حتى ولو بمرسوم جديد ، وانتهـى إلـى رفض هذه الفكرة مستندا إلى الوضع الخاص لرقابة الملتزم فاعتماد العقود بواسطة سـلطة أجنبية عن الملتزمين يؤدى بنا إلى أن نحل بطريقة خفية محل نظام الالتزام نظـام الإدارة المباشر ، وهذا غير مشروع .

(١) أنظر / وجيز : العقود صفحة رقم ٣٨٣ الباب الخاص بحق المتعاقد فى التعويض عن قلب توازن العقد وأثقال أعبائه .

الضابط الثانى :

مراعاة مباشرة حق الرقابة فى نطاق مبدأ المشروعية المقرر مراعاته عند إصدار القرارات الإدارية .

الضابط الثالث :

ألا تشتط جهة الإدارة فى مباشرة حق الرقابة بأن ينقلب إلـــى حـــق إدارة للمرفق وأن يؤدى ذلك إلى تغير طبيعة الالتزام وموضوع العقد المبـــرم فـــى هـــذا الشأن .

حق الرقابة المخول لجهة الإدارة فى عقد الأشغال العامة :

تتسع سلطة الإدارة عند مباشرة حقها فى الإشراف والتوجيـــه فـــى عقـــد الأشغال العامة بطريقة ملحوظة . فدور المقاول فى عقد الأشغال العامة مجرد منفذ للالتزامات التى تفرضها عليه جهة الإدارة ، وليس من حقه توجيه الأعمـــال فهـــو عليه أن يتابع توجيهات مندوب الإدارة خطوة بخطوة [١] .

وحينما ننظر إلى طبيعة عقد الأشغال العامة نجد أنه يحتوى على شـــروط غير مألوفة فى القانون الخاص ، وهذه الشروط يفترض وجودها ولـــو لـــم يـــنص عليها فى العقد . [٢]

ويلاحظ أن سلطات الرقابة المقررة للإدارة فى عقد الأشغال العامة تعتبـــر عناصر معتادة فى هذا العقد ، فإذا مارست هذه السلطة فى حدود توقعات العقـــد ، وترتب عليها أعباء مادية على المقاول فعليه تحمل مخاطرها وليس له أى حق فـــى التعويض . [٣]

---

(١) أنظر الدكتور / فؤاد العطار :" رسالته بالفرنسية عن عقد الأشغال العامة سنة ١٩٥٥ صفحة رقم ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٢)أنظر / دى لوبادير : المرجع السابق صفحة رقم ٣٧٥ ، وجيز : المرجع السابق صفحة رقم ٤٢٩ . الدكتور / سليمان الطماوى : العقود الإدارية صفحة رقم ٤٧٨ ، ٤٧٩ .

الدكتور / فؤاد العطار : رسالته السابقة صفحة رقم ١٢٧ ، ١٢٨.

(٣) انظر / دى لوبادير : المرجع السابق صفحة رقم ٣٧٩ وراجع صفحة رقم ٣١٧ .

إلا أنه إذا تجاوزت الإدارة سلطتها فى ممارسة حق الرقابة فى عقد الأشغال العامة على نحو غير معتاد فلمقاول الحق فى المطالبة بالتعويض إذا لم تستجب الإدارة لاعتراضه [٤] .

وقد نظم قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سلطة جهة الإدارة فى الرقابة والتوجيه على مقاول عقد الأشغال العامة فنصت المادة ٧٩ من اللائحة التنفيذية للقانون سالف الذكر على أنه " يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط .. " .

كما تشير المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على سلطة جهة الإدارة فى الإشراف والرقابة على موضوع المقاولة بأن يجرى العمل على أن يشرف مهندس الجهة الإدارية على تنفيذ العملية المسندة إلى المقاول بالنسبة لعملية القياس أو الوزن للأعمال أثناء سير العمل " .

وتنظم المواد رقم ٨٠ ، ٨١ إلى ٨٩ من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة نكتفى منها بالنصين سالفى الذكر كمثال عن حدود سلطة الرقابة المخولة لجهة الإدارة فى عقد الأشغال العامة ويلاحظ أن كافة النصوص المشار إليها تنظم مباشرة سلطة الرقابة والتوجيه ولكنها لا تنشئ هذه السلطة فهى موجودة بأصالة خالصة واستقلال كامل خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط . كما يحق للإدارة التدخل فى الرقابة على العمال والمهندسين الذين يستعملهم المقاول [١]

أيا كان الأمر فإن سلطة الرقابة فى عقد الشغال العامة هى سلطة مطلقة

---

(٤) الدكتور / فؤاد العطار : المرجع السابق صفحة رقم ١٨٥

(١) راجع فى ذلك المعنى حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٥/١١/٨ فى القضية رقم ٣٤٥٣ لسنة ٧ ق مجموعة أحكام المحكمة لسنة العاشرة صـ ٢١ ، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ٨ نوفمبر ١٩٦٩ لسنة ١٥ ق صـ ٣ .

فالإدارة هى سيدة العمل فهى تدير وتنظم وتصدر تعليمات والمقاول يقتصر دوره على تنفيذ هذه التعليمات ويتبقى له الحق فى التعويض من قبل جهة الإدارة أو طلب الفسخ إذا ما أصابه ضرر نتيجة تعسف جهة الإدارة فى فرض الالتزامات الواقعة على عاتقه عند تنفيذ العقد .

سلطة الرقابة فى تنفيذ عقد التوريد :

فى عقد التوريد مهما يكن للإدارة من حق فى رقابة التنفيذ والتوجيه إلا أنه يقف عند حد عدم تغيير طبيعة العقد ، ويقتصر دور المورد على – الالتزام بتسليم الأصناف المتعاقد على توريدها طبقا للمواصفات المتفق عليها وفى سبيل تحقيق ذلك تكلف جهة الإدارة لجنة تكون مهمتها فحص الأصناف الواردة ، ولجهة الإدارة الحق فى رفض أى صنف من الأصناف الموردة ، ويخطر المتعهد كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض ، ووجوب سحب الأصناف المرفوضة ، وتوريد بدل منها .

وفى ذلك تنص المادة ٩٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات على أنه " إذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينة المعتمدة يخطر المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض، وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدل منها، ويجب أن يتم ذلك الإخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر ويلتزم المورد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لإخطاره – فإذا تأخر فى سحبها فيكون للجهة الإدارية الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع (٢%) من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع ، وبعد انتهاء هذه المدة تتخذ إجراءات بيعها لحساب المورد ، وتخصم من ثمن ما يكون مستحق لها ويكون البيع وفقا لأحكام هذه اللائحة .

كما تنص المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية للقانون سالف الذكر على أنه " يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحدودة

خالصة جميع المصروفات والرسوم ، ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة ، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يتم توريد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور المورد أو مندوبه ويعطى عنه إيصالا مؤقتا مختوما بخاتم لجهة الإدارة موضحا به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها ، وذلك لحين إخطار المورد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور إجراءات الفحص والاستلام النهائى ..

الأساس القانونى لحق جهة الإدارة فى الرقابة على تنفيذ العقد فى حالة عدم احتواء نصوص العقد على هذا الحق :

ذكرنا فيما سبق أن للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه فى مرحلة تنفيذ العقد وتناولنا بعض صور من العقود الإدارية التى تضمنت نصوصها القانونية هذا الحق المخول لجهة الإدارة كما ذكرنا فى محيط البحث أن للإدارة مباشرة هذه السلطة (سلطة الرقابة والتوجيه) ولو لم يتضمن ذلك نصوص العقد ، ولكن يحيطنا تساؤل عن الأساس القانونى لسلطة الرقابة المخولة لجهة الإدارة فى مرحلة تنفيذ العقد فى حالة عدم تضمن نصوص العقد لهذه السلطة .

اختلف الفقهاء حول الأساس القانونى لسلطة الرقابة على وجه العموم فى حالة عدم تضمن العقد أى نص يشير إلى هذه السلطة وأدلى كل فقيه بدلوه لبيان مدى قانونية ممارسة سلطة الرقابة فى حالة عدم وجمود نص فى العقد يتضمن ذلك . فيرى بعض الفقهاء أن الأساس القانونى لسلطة الرقابة يرجع إلى الطبيعة القانونية للمرفق العام وهى وجوب تسيير المرفق العام بانتظام وإطراد يعطى للإدارة الحق فى مراقبة تنفيذ العقد وتوقيع الجزاءات على المتعاقد فى حالة إخلاله فى تنفيذ التزاماته ومن ثم فسلطة الرقابة المخولة لجهة الإدارة فى رأى هؤلاء الفقهاء توجد حيثما وجد المرفق العام سواء نص عليها العقد أو سكت عنها [1] .

---

(١) راجع جيز : العقود الإدارية الجزء الثانى سنة ١٩٣٢ صفحة رقم ٣٣٦ ، والدكتور / توفيق شحاته : رسالته بالفرنسية عن التزام المرفق العام سنة ١٩٤١ صفحة رقم ٩٣ / وتعليقات مفوض الحكومة تارديبه على حكم مجلس الدولة الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ فى

يذهب فريق ثان من الفقهاء إلى أن الأساس القانونى لسلطة الرقابة المخولة لجهة الإدارة فى تنفيذ العقد الإدارة رجع إلى النية المشتركة للمتعاقدين كإرادة ضمنية مستخلصة من ظروف العملية التعاقدية (٢) .

ويرى فريق ثالث من الفقهاء الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى الرقابة يرجع إلى دفاتر الشروط التى تنظم عملية التعاقد باعتبار أن هذه السلطات مستمدة من خصائص العقد الإدارى فهى توجد بذاتها خارج نصوص العقد فالعقد لا ينشئها إنما يقتصر على مجرد تنظمها وتحديد مجال تطبيقها ، وأن سلطات الإدارة فى هذه الحالة إنما ترتكز على مقتضيات الصالح العام التى يقع على عاتق الإدارة تحقيقها فى نشاطها التعاقدى كما فى سائر أنشطتها الأخرى (١) .

وقد انحاز المشرع المصرى لرأى الفريق الأول الذى يعتبر الطبيعة القانونية للمرفق العام هى وحدها الأساس القانونى لسلطة الرقابة إذ تعرض فى المذكرة الإيضاحية للقانون لفكرة الرقابة بقوله " حق الرقابة على الملتزم حق أساسى مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه . إلا أننا نرى أن حق الرقابة المقرر للإدارة فى حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط على تضمين هذا الحق ما هو إلا تطبيق لخصائص نظرية العقد الإدارى والتى جوهرها الأساسى هو تحقيق الصالح العام . فسلطة الإدارة فى الرقابة على المتعاقد ترتكز على فكرة تحقيق الصالح العام وما تشمله من تحقيق مقتضيات المرافق العامة كمبرر لوجود هذه السلطة .

ورأينا السباق يتفق مع المبادئ التى قررها القضاء الإدارى المصرى بشأن سلطات الإدارة فى مجال العقود الإدارية حيث قرر أن الإدارة تتمتع بهذه السلطات ولو لم ينص عليها فى العقد لأنها تتعلق بالنظام العام (٢) .

وأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناط احتياجات

قضية شركات السكك الحديدية P.L.M.

(٢) انظر بيكينيو : المرجع السابق صفحة رقم ٩ / ١١ / ١٧ وجاك جورجيل صفحة رقم ٦ .

(١) راجع : دى لوبادير : المرجع السابق الجزء الثانى صفحة رقم ٣١٩ ، ما بعدها .

(٢) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ المجموعة السنة ١١ رقم ٣٧٧ صفحة رقم ٦١٠ .

المرفق الذى يستهدف العقد الإدارى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامـــة علـــى مصالح الأفراد الخاصة مما يترتب عليه أن يكون للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ عقودها الإدارية (١)

وأن شروط العقود الإدارية وهى مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها وأن هذا القانون يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيـذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته (٢)

ومن ثم فحق الرقابة يعتبر فى رأينا مظهرا من مظاهر السلطات التى تخولها نظرية العقود الإدارية لجهة الإدارة وهو فى نهاية الأمر تحقيق للصالح العام بـصفة عامة ومن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد بصفة خاصة.

نطاق ممارسة جهة الإدارة لسلطة الرقابة :

ذكرنا فيما سبق أن ممارسة جهة الإدارة لسلطة الرقابة فى مرحلـــة تنفيـذ العقد الإدارى تتم إما فى شكل تعليمات أو أوامر تنفيذية تصدرها الإدارة بإرادتهـا المنفردة وتكون ملزمة للمتعاقد إلى جانب ذلك فإن هناك إجراءات الـضبط الإدارى والتى مقتضاها أن تفرض الإدارة على الأفراد سواء بإصدار اللـوائح أو بـأوامر فردية تفرض على الأفراد الإلتزام باتباع تعليمات معينة أو تحظر عليهم تـصرفات معينة بهدف تحقيق العناصر الأساسية للضبط الإدارى وهى الأمن العام والـسكينة العامة والصحة العامة .

ومن ثم فإن هناك أوجه تميز بين سلطة الرقابـــة المخولـــة لجهـــة الإدارة باعتبارها احدى سلطات التدخل فى تنفيذ العقود الإداريـــة وبـــين ســـلطة الـضبط الإدارى باعتبارها سلطة مستقلة تستهدف حماية النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة . كما أن هناك تميزا بـــين ســـلطات تـدخل

---

(١) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٨/٣/٢ السنة ١٣ رقم ٨٣ صـــفحة رقـــم ٦٢٥ ، وحكمها الصادر فى ١٩٥٧/٤/٢٠ المجموعة السنة الثانية رقم ٩٧ صفحة رقم ٩٣٧ .

راجع للدكتور / فؤاد مهنا : القانون الإدارى العربى صفحة رقم ١٢١٨.

(٢) انظر : حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ .

الإدارة بسلطة الرقابة على تنفيذ العقد وبين سلطة الإدارة فى تعديل شروط العقد .

أ- الفرق بين سلطة الرقابة وبين سلطة تعديل شروط العقد :

قدمنا فيما سبق أن سلطة الإدارة فى الرقابة تقتصر على الإشراف والتوجيه على المتعاقد فى مرحلة تنفيذ العقد دون أن تتجاوز هذه السلطة (سلطة الرقابة) إلى تعديل نصوص العقد وإلا استحق المتعاقد التعويض ماليا عما أصابه من ضرر نتيجة هذا التعديل ويحضرنا فى هذا المقام قول الفقيه أندريه دى لوبادير إذا كان فكرة الرقابة فكرة واسعة تشتمل على صور مختلفة للتدخل إلا أنه يلزم تمييز هذه الفكرة فى مجموعها عن التدخلات التى تعدل أو تغير نصوص العقد (1)

ب- التمييز بين سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة الضبط الإدارى :

تتحدد سلطة جهة الإدارة فى مباشرة حق الرقابة على تنفيذ العقد عند مجال الروابط التعاقدية فلا تتعدى إلى مجالات أخرى أما سلطة الضبط الإدارى فهى أوسع نطاقا فهى تشمل تعليمات معينة تمس النطاق التعاقدى وغيره كما يتعين على المتعاقد الالتزام بها فى العملية التعاقدية وفى غير هذه العملية كما يشمل صفة الإلزام فى اتباعها إلى الأفراد غير المتعاقدين فسلطات الضبط الإدارى هدفها الأساسى هو تحقيق العناصر الأساسية للضبط الإدارى وهى الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة .

بالإضافة إلى ذلك فإن النظام القانونى لسلطة الرقابة فى تنفيذ العقد يختلف عن النظام القانونى لسلطة الضبط الإدارى ويترتب على ذلك اختلاف السلطات التى تمارسها جهة الإدارة فى مجال سلطة الرقابة فى تنفيذ العقد الإدارى عن السلطات التى تمارسها فى مجال الضبط الإدارى ، ولا تستطيع جهة الإدارة أن تضفى على الإجراءات التى تتخذها لرقابة تنفيذ العقد شكل التعليمات البوليسية من ذلك عدم جواز تطبيق العقوبات الجنائية ضد المتعاقد كوسيلة ضغط لتنفيذ العقد.(1)

---

(1) انظر : دى لوبادير المطول فى العقد الإدارى الجزء الثانى صفحة رقم ٣٢١ .

(1) انظر : حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٣٠/٣/١٩ المجموعة صفحة رقم ٣١٢ .

وراجع : جاك جورجيل : النظرية العامة للعقود الإدارية الموسوعة الإدارية سنة ١٩٦٨

وتعقيبنا على ما تقدم :

بعد أن تناولنا بالبحث مدى حق الإدارة فى الرقابة على تنفيذ العقد وانتقلنا فى محيط البحث من الدراسة النظرية إلى التطبيق العملى على كيفية ممارسة الإدارة لحقها فى الرقابة على بعض أنواع من العقود الإدارية نتحفظ بالقول بأن حق الرقابة المخول لجهة الإدارة ليس حقا مطلقا محررا من أى قيد تمارسه الإدارة كيفما تشاء إنما هو حق تحده حدود هدفها الأول هو توفير أقصى الضمانات للتعاقد مع الإدارة حتى لا تتعسف الأخيرة قبله عند ممارستها لهذا الحق ، وأول هذه القيود هو أن يكون استعمال الإدارة لسلطتها فى الرقابة والتوجيه مبعثه المصلحة العامة ، وفى غرض يقتضيه حسن سير المرفق العام موضوع التعاقد بالإضافة إلى ذلك لا ينبغى للإدارة وهى فى سبيل ممارستها لسلطتها فى الرقابة والتوجيه أن تعدل موضوع العقد بل عليها أن تمارس حقها فى الرقابة والتوجيه فى نطاق الحدود التى تقتضيها طبيعة العقد . وتخضع جهة الإدارة عند ممارستها لسلطة حق الرقابة والتوجيه لمراقبة القضاء من حيث مدى اتفاقه مع الصالح العام ، وفى حدود احتياجات المرفق العام وضمان حسن سيره بانتظام واطراد ودون أن تسئ الإدارة استعمال سلطتها [٢]

للمتعاقد أن يطالب الإدارة بالالتزام بالقوانين واللوائح المنظمة لممارسة الإدارة سلطتها فى الرقابة على تنفيذه للعقد ، سيما تلك النصوص التى تنظم بعض إجراءات حمايته وتوفير الضمانات الضرورية له .

وتستوقفنا أخيرا نقطة هامة أن هناك عقودا إدارية لا تقبل طبيعتها حق الرقابة مثال على ذلك القرض العام .

ملزمة ٥١٠ صفحة رقم ٧ .

(٢) راجع الفقيه دى لوبادير المطول فى العقود الإدارية الجزء الثانى صفحة رقم ٣٢٧ .

المبحث الثانى
سلطة توقيع الجزاءات الإدارية
على المتعاقد

قدمنا سلفا أن من المبادئ العامة التى تحكم تنفيذ العقــود الإداريــة إنهــا تخضع لمبدأ وجوب تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وشأنها فى ذلــك شأن العقود المدنية ، وبناء على ذلك إذا أخل المتعاقــد مــع الإدارة أثنــاء تنفيــذ التزاماته المحددة فى العقد أية مخالفة للمواصفات المتفق عليها أو تأخر عن تــسليم الأعمال فى الموعد المحدد فى برنامج التنفيذ ، فإنه بذلك يكون قد أخــل بالتزامــه العقدى .

ولما كان إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية يمس بغاية إبرام العقود الإدارية وهى حسن سير المرافق العامة بانتظام وأطراد ، لذلك فــإن القــانون لــم يكتــف بالسماح للإدارة بالالتجاء إلى القضاء لضمان تنفيذ العقد ، وإنما أجــاز لــلإدارة أن توقع على المتعاقد معها بعض أنواع الجزاءات الإدارية وذلك بإرادتهــا المنفــردة ودون انتظار لحكم القضاء ، فى حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته الواردة فــى العقــد الإدارى بهدف منع ما قد يترتب على هذا الإخلال من إضــطرابات اقتــصادية أو مالية تلحق بالمرفق العام .

ولذلك فليس الغرض من توقيع الجزاءات الإدارية علــى المتعاقــد حالــة إخلاله بالالتزامات العقدية المعاقبة على تقصيره أو تعويض الإدارة عما يلحقها من أضرار ، أو إعادة التوازن المالى بين الالتزامات المتبادلة ، وإنما توفير الوســائل الكافية للإدارة لكى تضمن من خلالها حماية مصالح المرفق العام لتسييره بانتظــام واطراد ، وهذا هو الهدف الأساسى للعقد الإدارى .

ويلاحظ أن سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد مستقلة تماما عن العقد فهى سلطة تنبع من مبادئ القانون العام الذى يخضع له العقــد الإدارى ، وأن النص على سلطة توقيع الجزاءات فى العقد لا ينشئ هذا الحق لــلإدارة إنمــا هــو كاشف ومنظم له ، ويضاف إلى ما تقدم أن تضمين نصوص العقد بعض الجزاءات

لا يعنى حرمان جهة الإدارة من ممارسة بعض أنواع الجزاءات الأخرى .

وتتويج كل ما تقدم من قواعد وأحكام بشأن سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد نجد فى الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا فيه " تحقيقا لغايات هذه السلطة وأهدافها تتمتع الدولة بامتياز وسلطان ينتفى معهما كل طـابع تعاقـدى ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وهـى حقـوق لا تملـك الإدارة التنازل عنها كما أنها وهى تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتج بأنها تمس الحـق الأصلى أو تخل بشروط عقدية لأن الإجراءات التى تتخذها فى هـذا الـشأن إنمـا تتناول نظاما قانونيا خاصا لأنه متعلق بمرفق عام فهى تملك تعديل أركـان تنظـيم المرفق العام وقواعد إدارته بل تنهى العقد نفسه قبل الأوان متى اقتضت المـصلحة العامة ذلك أيضا .

وإذا ما اطلعنا على أحكام مجلس الدولة الفرنسى نجد أنه بدا واضحا فـى أول الأمر أنه كان يقيد الإدارة بالنصوص التعاقدية حيـث يعتبـر الإدارة مـستمدة سلطاتها فى توقيع الجزاء من النصوص القانونية أو التعاقدية فـإذا نظـم العقـد أو دفتر الشروط هذه السلطة وحدد للإدارة جزاءات معينة وأغفـل تقريـر جـزاءات أخرى فلا يجوز للإدارة أن تغير من هذه النصوص.

لكن مجلس الدولة الفرنسى عدل عن هذا الاتجاه ابتداء مـن ١٩٠٧/٥/٣١ بحكمه فى قضية Deplanque وجاء فى تقرير المفوض روميو المبادئ الآتية :

١- إذا كان العقد مع تحديده لالتزامات الطرفين قد أغفل تحديد جزاءات مقابلـة فلا يترتب على ذلك عدم وجود جزاءات .

٢- إذا كان العقد قد حدد جزاءات لبعض المخالفات الجـسيمة وأغفـل تحديـد جزاءات .

٣- إن كل التزام تعاقدى يقابله جزاء ، وعلى القاضى أن يطبق القواعد العامـة إذا لم يتضمن العقد نصوصا صريحة على خلاف ذلك أى أنه يجـب علـى القاضى فى الحالة المعروضة وإعمالا للقواعد العامة أن يقرر إما فسخ العقد

أو الحكم بالتعويضات [1]

وهذا ما أخذت به محكمة القضاء الإدارى فى مصر [2] حيث تقول " ومن ثم فليس الذى يعتد به ما يقول به المدعى فى مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة فى مصادرة التأمين لأنه ما دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ .. فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين فى حالة عدم التنفيذ سواء نص أم لم ينص فى الشروط على هذا الحق وإلا كان هناك محل لاشتراط دفع تأمين مع العطاء" .

إلا أن مجلس الدولة الفرنسى لم يتقيد بقيد الجزاءات المنصوص عليها فى العقد إلا بالنسبة للجزاءات المالية أما ما عداها فأطلق يد الإدارة فيها سواء بالتشديد أو التخفيف كأن يوضع المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة بدلا من إسقاط الالتزام وقد تشدد الجزاء.

وفى مصر أتيح للقضاء الإدارى أن يتعرض لهذا القيد ووجدناه يتمسك بضرورة إعمال المبدأ بحيث يجب احترام النصوص التعاقدية ويجب إذا توقع المتعاقدان خطأ معينا ورصدا له جزءا بعينه فلا يجوز للإدارة كقاعدة أن تخالف ما ينص عليها العقد .

وهذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا [3] فى أحد أحكامها حيث قالت " وإذا ما توقع المتعاقدان أن فى العقد الإدارى خطأ معينا ووضعا له جزءا بعينه فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء فى العقد ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق فى شأنه نصوص لائحة المناقصات "المشار إليها لأن الأحكام التى تتضمنها اللائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد.

---

(١) C.E. ٣١ Mai ١٩٦٧ Deplanque ٥١٧. Conclu Sions Romieu. ٥. ١٩٥٧. ١١٣ Note Houriou

(٢) راجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٥٧/١١/١٧ القضية رقم ١٩٦٨ لسنة ١٠ ق .

(٢) راجع فى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الحكم رقم ١٠٢٠ -٩ جلسة ١٩٦٧/٤/٨ مجموعة العقود صـ ٨٧٨ .

وهنا تميز آخر للجزاءات التى توقعها الإدارة على المتعاقد وهى أنها تدخل فى اختصاص قاضى العقد بنظر ما ينشأ من منازعات فى الحالة الأولى وأما الحالة الثانية فإن قاضى الإلغاء هو الذى يختص بنظر المنازعات الناشئة من مباشرة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات والدعوى التى يرفعها المتعاقد فى هذه الحالة تكون دعوى إلغاء عادية مستندة إلى نفس أسباب دعاوى الإلغاء (1) .

تقسيم :

وعلى ذلك سوف نتناول هذا المبحث على النحو التالى .

نتناول فى **المطلب الأول** : نطاق سلطة جهة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته قبلها .

وفى **المطلب الثانى** : سوف نبحث أنواع هذه الجزاءات وهى تشمل الجزاءات الجنائية والجزاءات الأخرى وهى الجزاءات المالية ، ووسائل الضغط والفسخ .

المطلب الثالث : مدى حق الإدارة فى الالتجاء إلى توقيع جزاءات على المتعاقد غير منصوص عليها فى العقد .

---

(1) انظر للدكتور عثمان عياد .. صـ ٣٠٤ .

المطلب الأول

نطاق سلطة جهة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل معها فى تنفيذ التزاماته

إذا كان المشرع قد منح للإدارة الحق فى توقيع جزاءات علـى المتعاقـد معها فى حالة تقصيره أو إخلاله بتنفيذ التزاماته إلا أنه يجب ألا يفهم أن ممارسـة الإدارة لهذا الحق مطلق من أى قيد فى مباشرته ، بل إن الإدارة تخـضع لـبعض القيود فى استعمالها لهذا الحق .

١. أول قيد يقابل جهة الإدارة عند مباشرتها لسلطتها فى توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر هو ضرورة إعذار المتعاقد معها (Mise en demeure) قبل توقيع الجزاء.

ويتجلى الغرض من هذا الإعذار هو بيان نية جهة الإدارة للمتعاقـد فـى اتجاها إلى توقيع الجزاء عليه فيسرع إلى تنفيذ ما التزام به قبل توقيـع أى جـزاء عليه . ويجب أن يكون الإعذار قبل توقيع الجزاء ، ولا يعفـى الإدارة مـن هـذا الالتزام إلا نص صريح فى العقد أو دفاتر الشروط أو القـانون يعفيهـا مـن هـذا الإعذار [١] .

وقد تحدث ظروف تستدعى التنفيذ دون حاجة إلى إعذار المتعاقد مثال ذلك ضرورة تسليم مشتريات متعلقة بالمجهود الحربى محلول موعد التنفيذ اعتبر بذاتـه إعذار للمتعاقد بضرورة الوفاء بالتزاماته [٢] .

وتشترط بعض النصوص الواردة فى قانون المناقصات والمزايدات رقـم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على ضرورة الاعذار للمتعاقد عند إطلاله بتنفيذ التزامه والـبعض

---

(١) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ مـن يوليـو سـنة ١٩٤١ فـى قـضية Grenouiller المجموعة صـ ١٢٤ وأيضا حكمة الصادر فى ١٢ من يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية Leoni بمجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ صـ ٢٥٤ .

(٢) انظر فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الـصادر فـى ١٩١٩/٢/٥ فـى قـضية Levy المجموعة صـ ١١٩ .

الآخر من النصوص تعفى جهة الإدارة من هذا الإجراء . فالمادة ٩٤ تخول للجهة الإدارية فى حالة عدم قيام المورد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين طبقا لما تقرره السلطة المختصة وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد (أ) شراء الأصناف التى لم يتم المورد بتوردها من غيره على حسابه .. (ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف .

كما تنص المادة ٩٥ من ذات القانون سالف الذكر على أنه " إذا تأخر المورد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها إلى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فإنه يجب إخطاره بإلغاء العقد عن الكمية الباقية ..

والمادة ٩٤ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه تخول للسلطة المختصة أن تعطى للمورد المتأخر فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد إعطاءه مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة .

فالمادة السابقة تقرر توقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار للمورد .

وكذلك المادة ٨٣ من القانون سالف الذكر تعفى جهة الإدارة من إنذار المقاول عند توقيع غرامة التأخير عليه حالة تأخير فى الانتهاء من الأعمال الملتزم بتسليمها فى الموعد المحدد فى العقد .

أما إذا لم تتضمن نصوص العقد ، وكذا القانون ما يوجب على الإدارة اتخاذه من إجراء إزاء المتعاقد المقصر عند توقيع الجزاء عليه نتيجة إخلاله بالتزاماته فهنا يجب إعمال القاعدة الأصلية التى يقررها القانون المدنى المتعلقة بالإعذار فى مجال العقود المدنية .

وتبدو عدم جدية الإعذار للمتعاقد المقصر فى تنفيذ التزامه إذا قرر أنه لا يرغب فى تنفيذ التزامه ، وكذلك الشأن يصبح الإعذار غير مجد للمتعاقد إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو مستحيل أو إذا كانت طبيعة تنفيذ العقد المبرم لا تحتمل

إطالة المدة الزمنية فى تنفيذه . وعن ضرورة إعذار المتعاقد المقصر قبل توقيع الجزاءات عليه فى أحكام محكمة القضاء الإدارى . فقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى إلى ضرورة إعذار المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته فى حكمها الصادر بجلسة ٢١ من يونيه سنة ١٩٥٣ فى الدعوى رقم ٧١٩ لسنة ٥ ق حيث قالت [١].

إذا كان العقد المبرم بين المدعى ومصلحة المبانى صريحا فى إنهاء الأعمال موضوع العقد خلال ستة أشهر من تاريخ الإذن للمدعى بالبدء فى هذه الأعمال أى أنه التزام محدد لتنفيذه أجل معين ، والأصل فيه أن تخلف أحد المتعاقدين فى التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشئ حقا فى التعويض إلا بإعذار الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة ١٢٠ من القانون المدنى الملغى والمادة ٢١٨ من القانون المدنى الجديد إذ أن المسئولية التعاقدية الناشئة عن التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها إعذار المدين ، كما يجب أن يتم هذا الأعذار فور التأخير وأن يتضمن تكليفا صريحا جازما بالتنفيذ .

ونلاحظ أن الحكم السابق استلزم ضرورة اعذار المتعاقد المقصر وأنه استقى ذلك من النصوص المدنية .

وفى حكم آخر لمحكمة القضاء الإدارى نجد أن هذه المحكمة استحسنت إنذار المتعهد بما تعتزمه جهة الإدارة من توقيع الجزاء عليه ذلك حيث قالت : -

وإذا انقضت الفترة المذكورة أضحى المتعهد فى حالة تأخير دون حاجة إلى إنذار ، ومع ذلك يحسن إنذاره بما تعتزمه جهة الإدارة من توقيع الجزاء عليه ففى هذا الإجراء ما قد يحول دون الاستمرار فى التأخير والإبطاء ..[٢]

كما يؤيد الفقه الإدارة فى فرنسا وفى مصر الرأى فى ضرورة إعذار المتعاقد المخل بتنفيذ التزامه [٣]

---

(١)هذا الحكم منشور بمجموعة المجلس السنة السابعة صـ ١٦٤٣ .

(٢)راجع حكم المحكمة الصادر بجلسة ١٩٥٦/١/١١ فى الدعوى رقم ١٠٦٢ سنة ٧ق (المجموعة العاشرة سـ ١٤٠ ، وما بعدها.

(٣) راجع كتاب الدكتور / توفيق شحاته مبادئ القانون الإدارى صـ ٧٩٧ ومبادئ القانون

٢- تخضع سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر لرقابة القضاء:-

غنى عن البيان أن جهة الإدارة تخضع لرقابة القضاء فيما توقعه من جزاءات وتتسع رقابة القضاء فى ذلك فهى تشمل مشروعية القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء سواء من ناحية الشكل أو الاختصاص أو مخالفة أحكام القانون أو الانحراف بالسلطة والتعسف فيها كما تشمل ملاءمة القرار بالبحث فى بواعث جهة الإدارة فى إصدار الجزاء وأسبابها ومدى تناسب الجزاء الذى وقع على التعاقد مع الخطأ المنسوب إليه .

إلا أن مجلس الدولة الفرنسى يقيد من سلطة القضاء فى مراقبة سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر . ففى الجزاءات المالية يستطيع القاضى أن يحكم بردها أو الإعفاء منها أو تخفيضها . أما الجزاءات الضاغطة الذى تلجأ الإدارة إليها لإكراه المتعاقد على التنفيذ (كما سوف نعرف لها فى نطاق البحث) فإن القاضى يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغاءها وتطبيقا لذلك نجد أن أحكام مجلس الدولة الفرنسى مستقرة فى عقد الالتزام أن المجلس يراقب ملاءمة قرارات الإدارة ويكون من حقه أن يحكم بإلغاء قرارات الإدارة الصادرة بفسخ العقد ، وذلك إذا تبين عدم سلامتها ، وبالتعويض عنها إذا ترتب عليها إضرار للمتعاقد (١) .

أما بالنسبة للعقود الأخرى وبصفة خاصة عقد الأشغال العامة فيجرى مجلس الدولة الفرنسى على الاكتفاء بالحكم بالتعويض إذا وقعت الإدارة عقوبة غير صحيحة على المقاول فى مجال وسائل الضغط والفسخ ، بمعنى أنه إذا لجأت الإدارة إلى إجراء من هذين الإجراءين فإن مجلس الدولة الفرنسى يعتبره نهائيا ولكنه يعوض عنه وقضاؤه فى هذا الصدد مستقرا (٢)

الإدارى للدكتور / سليمان الطماوى سنة ١٩٥٥ صـ ٤٠٥ وما بعدها .

(١) راجع فى ذلك مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٤ يوليه سنة ١٩٣٩ فى قضية Goujheron المجموعة صـ ٣٣٥ .

(٢) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٤٤/٢/٢٥ فى المجموعة

أما بالنسبة للقضاء الإدارى المصرى فلا نرى مثل هـذا التقيـد لـسلطة القضاء فى مراقبة سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المتعاقد المقـصر كمـا وجدناه فى مجلس الدولة الفرنسى .

المطلب الثانى

أنواع الجزاءات التى توقعها الإدارة على المتعاقد المخل بالتزاماته

يتسم العقد الإدارى بطابع مميز يجعله فى بوتقه مختلفة فى العقد المـدنى . فمن المقومات الأساسية للعقد الإدارى تلبية احتياجات المرفق العـام حتـى يـسير بانتظام واطراد وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

وترتيبا على ما تقدم إذا ما قصر المتعاقد مع الإدارة فى تنفيـذ التزاماتـه التعاقدية كأن يمتنع عن التنفيذ ، أو يقوم بالتنفيذ ولكـن بالمخالفـة للمواصـفات أو يتأخر عن المواعيد المحددة فى برنامج التنفيذ أو يتنازل عن تنفيذ العقد لمقاول أخر من الباطن دون موافقة جهة الإدارة . ففى مثل هذه المخالفات لا تلجأ إلى اسـتعمال وسائل الضغط حتى تكفل تنفيذ العقد على وجه يحقـق الـصالح العـام ومـصلحة المرفق ذاته .

وتبرز وسائل الضغط هذه فى أن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معهـا فى تنفيذ التزاماته التى تخلف عن الوفاء بها ، أو إن تعهد إلى شخص آخـر بهـذا التنفيذ .

وحلول جهة الإدارة أو الغير محل المتعاقد معها الأصلى لا يعنـى ذلـك انهاء للعقد الذى أبرمته المتعاقد بداءة مع الإدارة إنما يظل المتعاقـد الأول مـسئولا أمام الإدارة عن كافة النواحى وبصفة خاصة الناحية المالية فإذا كان من مقتـضى تنفيذ العقد الجديد أن يرتب زيادة فى التكاليف والأعباء المالية فإنها لا تقـع علـى

ســ ٦٩ ، وانظر للدكتور سليمان الطماوى – مرجع العقود الإدارى صـــ ٥٤٩ فى قضية poic صـــ ٥٤٩ .

عاتق الإدارة ، وإنما يتحملها المتعاقد المقصر دون غيره ، ويسأل عنها فـــي مالـــه الخاص ، وتشغل بها ذمته المالية [1] وتتنوع الجزاءات التـــي يمكـــن لـــلإدارة أن توقعها على المتعاقد المقصر وهى كالآتى :

١- غرامة التأخير .
٢- مصادرة التأمين .
٣- التنفيذ على حساب المتعاقد .
٤- فسخ العقد .
٥- شطب اسم المتعهد .
٦- وسائل الضغط .

وينبغى ملاحظة أن إخلال المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ التزاماته لا يستتبع توقيع الجزاءات الجنائية عليه ما لم ينطو تنفيذ التزامه مـــع الإدارة علـــى جريمـــة يعاقب عليه قانون العقوبات فالجزاء الذى ينص عليه قانون العقوبات يوقع على من تعاقد مع الإدارة شأنه شأن سائر الأفراد كما لو ارتكب المتعاقد مع الإدارة مخالفـــة من مخالفات التنظيم أو استعمل الغش فى تنفيذ التزاماته .

ومن منطلق ذلك إنه على جهة الإدارة الالتزام بـــالجزاءات المنـــصوص عليها فى العقد انطلاقا من أن الأصل فى العقد الإدارى أنه مثل سائر العقود التـــى تخضع لأحكام القانون الخاص فإنه يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلـــى إحـــداث أثـــر قانونى معين هو إنشاء إلتزام أو تعديله فإذا أدرج المتعاقـــدان فـــى العقـــد الإدارى المبرم بينهما جزاءات معينة على أخطاء قد تحدث أثناء تنفيذ العقد فإنه يتعين التقيد بما يتضمنه العقد من جزاءات ، وبالتالى لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن تخالفـــه أو تطبق فى شأنه لائحة المناقصات والمزايدات باعتبار أن ما اتفق عليه المتعاقدان هو شريعتهما ، وأنه لا يجوز قانونا القضاء على غير مقتضاه .

وتطبيقا لذلك فإن كافة الجزاءات التى يتضمنها قانون تنظـــيم المناقـــصات

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ٤٢٨٥ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٩ حكمها رقم ١٨٢٧ لسنة ١ ق جلسة ١٩٥٧/٣/١٧.

والمزايدات ولائحته التنفيذية يجوز للمتعاقدان الاتفاق على ما يخالفها باعتبار أن ما يتضمنه هذا القانون ولائحته التنفيذية من أحكام تعتبر بمثابة قواعد تكميليـــة يجـــوز الاتفاق على ما يخالفها (1) .

وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليـــا بأنـــه " إذا تـــضمنت الـــشروط الخاصة للمزايدة تحديدا لمقدار الغرامة التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة فـــى حالـــة إخلاله بالتزاماته قبلها – فإن مقدار الغرامة يحدد حسبما نصت عليه هذه الـــشروط – يكون هو الواجب إعماله دون النص اللائحى وذلك لأنه خاص ، ومن المبـــادئ المسلم بها فقها أن الخاص يقيد العام ولأنه الذى توافقـــت عليـــه إرادة المتعاقـــدين المشتركة (2)

---

(1) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٠٢٠ لـــسنة ٩ ق جلـــسة ١٩٦٧/٤/٨ وحكمها رقم ٥٠١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧١/١١/١٣.

(2) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٤ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١١ .

المطلب الثالث

مدى حق الإدارة فى الالتجاء إلى توقيع جزاءات على المتعاقد غير منصوص عليها فى العقد

سوف نعرض بحث هذا الموضوع فى كل من مجلس الدولة الفرنسى ، ومجلس الدولة المصرى لنستقى مدى التطور التاريخى الذى مرب به كل من المجلسين فى مدى حق الإدارة فى الالتجاء إلى توقيع جزاءات غير منصوص عليها فى العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها.

فى فرنسا :

حتى نهاية القرن التاسع عشر ، وبداية القرن العشرين كان المبدأ المقرر فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن العقد الإدارى يستقل وحده ببيان جزاءاته ، وبذلك لم يكن مسموحا بتطبيق جزاء خارج العقد إلى جزاء الفسخ فقط .

ونجد تجسيدا لهذا القول فى تعليق المفوض (جومل)علي حكم Level حيث ذكر " أن الإدارة قد رتبت عقودها بالتزام المرافق العامة بحيث يمكن أن تكفي هذه العقود نفسها ، وذاتها وأن كل واحد منها بشكل كلا متكاملا، وأن نصوص تنظيم جميع الحالات التي يمكن أن تحدث أثناء تنفيذ العقد ، وترتيبا علي ذلك فإن دفتر شروط الالتزام يكون كافيا بذاته ، ويجب أن يقتصر علي تطبيق الجزاءات المقررة فيه دون غيرها مما يمتنع علي قاضي العقد أن يوقع جزاء لم ينص عليه فيه [1]

تعرض حكم مجلس الدولة الفرنسي السابق للنقد من جانب الفقه من جانبين :

أولا : بقاء بعض المخالفات لبنود العقد دون جزاء ، وفي هذا تشجيع المتعاقد مع الإدارة علي إهداره مما يهدد مصالح المنتفعين .

ثانيا : بالنسبة لحق الإدارة في إسقاط الالتزام لمواجهة الجزاءات غير المنصوص عليها في العقد يترتب علي تطبيق هذا الجزاء تهديد المرفق بالتوقف

---

(١) C.E ١١ gax vier ١٨٨١ – Level . D.p ١٨٨٢-٣-١٧ .

والإضطراب ، وإما أن تعند الإدارة إلي إهدار الجـزاء ، وعـدم تطبيقـه لخطورته وهذا يتساوي مـع عـدم وجـوده لمواجهـة بعـض الإخـلال بالالتزامات التعاقدية .

وقد استجاب مجلس الدولة لهذه الانتقادات وأجاز للإدارة حق تطبيق جزاءات لـم ينص عليها في العقد . كانت باكورة أحكام المجلس حكم (ديلانك) الصادرة فـي ١٩٠٧/٥/٣١ الذي أجاز للقاضي أن يلجأ للقواعد العامة في حالة سـكوت العقـد ليحكم بتعويض للإدارة يتناسب مع خطأ المتعاقد[١]

بالنسبة لمصر : -

فإن الأصل العام هو وجوب احترام النصوص التعاقديـة المتعلقـة بـالجزاءات الإدارية ، فإذا حدد المتعاقدان جزاء معينا حالة ارتكاب أحدهما خطأ معينا فـلا يجـوز للإدارة أن تخالف ما نص عليه في العقد . وهكذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليـا فـي حكمها الصادر في ٨ من إبريل سنة ١٩٦٧ الذي قررت فيه " إنه إذا ما توقع المتعاقدان خطأ في العقد .. ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات [٢] أما إذا لم ينص في العقد ودفاتر الشروط على حـق الإدارة فـي توقيـع الجزاءات الإدارية ولم تتضمن القوانين واللوائح تخويل الإدارة مثل هذا الحق فإن سلطة الإدارة فى توقيع هذه الجزاءات توجد بذاتها بالرغم من عدم النص عليها [١].

وفى هذا تقرر المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٣ ، إن للإدارة الحق فى توقيع الجزاءات على متعاقدها ومنها فسخ العقـد ومصادرة التأمين وشطب الاسم وهى فى ذلك لا تستند إلى العقد الإدارى بل إلـى سلطاتها الضابطة للمرافق العامة ، وعملا بالقاعدة الأصولية التى تقضى بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة [٢] .

---

(١) C.E. ٣١ – Mai- ١٩٠٧ – Delanque – Rec. P. ٥١٤ Conclu /sions– Romieu – s.١٩٠٧-٥-١١٣. Note.Houriou.

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٧/٤/٨ لسنة ١٢ من ص ٩٨٢

(١) راجع فى ذلك د/ فياض المرجع السابق .

(٢) راجع فى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٣/١٢/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى السنة ٩ ق صـ ٣٢٤ .

خلاصة ما تقدم :

إن لجهة الإدارة الحق فى توقيع الجزاء الإدارى على المتعاقد حالة إخلاله فى تنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة ، دون حاجة إلى الالتجاء مقدما إلى القضاء ، ما لم يتمثل الجزاء فى إلغاء العقد وتحميل المتعاقد تبعات هذا الإلغاء .

كما تتمتع الإدارة بحق توقيع الجزاء الإدارى ولو لم ينص عليه فى العقد ، فهى سلطة مستقلة عن نصوص العقد ، ومن ثم فإن خلو العقد من الجزاءات لا يجرد الإدارة من الحق فى توقيعها ، كما أن النص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع جزاءات أخرى غيرها ، بل إن وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يعنى مصادرة حق الإدارة فى توقيع جزاءات على أية مخالفا أخرى .

غير أن سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها ليست سلطة مطلقة ، فهى من ناحية مقيدة بضرورة إنذار المتعاقد قبل توقيع العقوبة عليه ما لم ينص العقد على إعفاء الإدارة على شرط الإنذار أو ورد حكم بذلك فى دفتر الشروط أو إذا اقتضت الضرورة ذلك إذا قامت ظروف استثنائية وغير طبيعية ، كما أن هذه السلطة من ناحية أخرى تخضع مثل سائر سلطات الإدارة لرقابة القضاء ، لضمان عدم تعسف الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها أو مخالفة قواعد القانون ، وهى رقابة لا تقف عند هذا الحد أى مراقبة المشروعية ، وإنما تتعهدها إلى فحص مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد والتقصير أو الإخلال المنسوب إليه .

المبحث الثالث

سلطة جهة الإدارة في تعديل شروط العقد

Le Pouvoir de modification unilaterale

عـــام :

مقتضي هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفــردة أن تعدل شروط العقد أثناء تنفيذه ، وتعديل مدي التزامات المتعاقد معها علي نحــو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة علـــي عـــاتق الطرف الآخر أو تنقصها ــ وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيـــادة أو النقص علي خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجـــة المرفـــق هـــذا التعديل ، وليس للمتعاقد الآخر أن يحتج علي هذا التعديل بقاعدة الحق المكتـــسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفـــاق الطـــرفين ، ذلـــك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها علي فكرة استمرار المرافق العامة تفتـــرض مقدما حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات ســـير المرفق ، وأن التعاقد فيها يتم علي أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلي ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة ، وهكذا نجد أن حق تعديل العقد بما يوائم تحقيق المصلحة العامة والوفاء بحاجة المرفق يقتضي القـــول بـــأن سلطة التعديل الممنوحة لجهة الإدارة علي النحو ســـالف الـــذكر مـــستمدة لا مـــن نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري به .

ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلي الـــنص عليـــه فـــي العقد أو موافقة الطرف الآخر فإذا أشارت نصوص العقد إلي هذا التعديل فإن ذلـــك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل ، وبيان أوضاع وأحوال ممارستها .

وهذا الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية يعتبر من أبرز الخصائص التي تميزهـــا عن نظام العقود المدنية .

ونلاحظ هنا أن هذا الحق يهاجم قاعدة إلزام العقد لطرفيه وهـــي جـــوهر

الرابطة العقدية ويعتبر هذا الحق من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة والتي تميز العقد الإداري عن سواه من العقود كما بينا سابقا [1]

تقسيم :

سوف نتناول بحث هذا الموضوع فى النقاط الآتية :

المطلب الأول : صور تعديل جهة الإدارة لشروط العقد .

المطلب الثانى : نطاق حق الإدارة فى ممارسة حق التعديل .

المطلب الثالث : الأساس القانونى لحق الإدارة فى تعديل نصوص العقد الإدارى .

---

(١) راجع في ذلك " العقود الإدارية " للدكتور سليمان الطماوى طبعة سنة ١٩٨٤ .

المطلب الأول

صور تعديل شروط العقد الإداري

تتدخل الإدارة في مجال واسع في العقـد الإداري ، وهـو مجـال تغيـر الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد إما بالزيادة أو النقصان ، وقد يشمل التعديل في الالتزامات عنصراً من العناصر الآتية :

أولا : تعديل كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد : -

Le volume ou la quantite des prestations : -

أ- تعديل كمي للأعمال بالزيادة : -

ومن قبيل ذلك زيادة مقدار أو كمية الأدوات والأصناف الموردة أو إضافة حجرات او ملحقات جديدة بالمبني أو المباني التي تقرر إنشاءها في عقد الأشـغال العامة .

ب- تعديل كمي بإنقاص التزامات المتعاقد : -

ويتمثل هذا التعديل في خفض مقدار أو كمية المواد الموردة بنسبة معينـة في عقد التوريد أو إلغاء أجزاء من مبني حجرات معينة .

وإذا كان لجهة الإدارة أن تعدل العقد بإنقاص الكمية المتعاقد عليهـا علـي النحو السابق بيانه فإن مناط ذلك أن تفصح الإدارة عن إرادتها في اسـتعمال هـذه الحقوق بقرار صريح ، فإن هي لم تفصح عن ذلك التزمت بتنفيذ العقد كلـه وفقـا لشروطه ووجب عليها تمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته بتمامها وأن تيسر لـه هذا التنفيذ وألا تحرمه بفعلها من الحقوق التي يرتبها له العقد .

وينبغي ملاحظة أن حق الإدارة في إنقاص الكميات المتعاقد علي نقلها لا يجوز أن يصحبه نقل كميات أكبر بواسطة جهة أخري بخلاف المتعاقد معه لأن ذلك يعتبـر من جانب الجهة الإدارية إخلالها بالتزاماتها التعاقدية وتجاوز لاستعمال حقهـا فـي

إنقاص الكميات المتعاقد علي نقلها أو زيادتها [1] .

ثانيا : تعديل نوعي في طرق التنفيذ المنصوص عليها في العقد :

Les conditions de, execution :

لجهة الإدارة سلطة تعديل المشروع الأصل للعقد مع عدم تغير موضـــوع العقد مسايرة للاكتشافات الحديثة التي تمكن المرفق من استعمال وسائل فنية أكثــر اقتصاديا أو أكثر تقدما . مثال علي ذلك تغيير في التنظيم الـــداخلي للحجـــرات أو القاعات في المباني والأشغال العامة دون إضافة وحدات أو حجرات جديدة

ثالثا : تعديل في مدة تنفي العقد :

La duree du contrat :

تمارس جهة الإدارة حق التعديل في البرنامج الزمني لتنفيذ العقد وذلك إما بالإسراع أو الإبطاء في وقت التنفيذ المحدد أو وضع نظام أولويات في تنفيذ بعض التوريدات أو بعض الأعمال قبل غيرها .

رابعا : سلطة الإدارة في تعديل الأسعار المتفق عليها في العقد [2]

ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الـــصادر بجلـــسة ١٩٦١/١/٢٤ إلي أنه " متي تبين من مراجعة العقد أن الإدارة العامة للغاز والكهرباء تملك تعديل سعر التيار الكهربائي الوارد بالعقد المبرم مع المتعاقد طبقا لمـــا تـــراه متفقـــا مـــع الصالح العام دون أن يتحداها بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين . ذلـــك أن علاقـــة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تحكمها نصوص العقد فقط وإنما تخـــضع أيـــضا للقواعد التنظيمية الخاصة بالمرفق العام ، وقد نصت الفقرة الـــسابقة مـــن المـــادة الخامسة من القانون رقم ٤٥ السنة ١٩٤٨ علي أن لمجلس إدارة الكهرباء والغـــاز

(١) راجع في ذلك المعني حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٦٨٤٩ لسنة ٨ق جلـــسة ١٩٦١/٦/٤

(٢)راجع في ذلك " العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا " للمستشار / سمير صـــادق صـــــ ١٨٢.

لمدينة القاهرة تحديد سعر التيار الكهربائي المورد للحكومة والهيئات مـرة واحـدة كل خمس سنوات إلا إذا اقتضت الضرورة إعادة النظر خلال هذه المدة ، مما يفيـد أن السعر الوارد بالعقود المبرمة بين الإدارة المذكورة والمستهلكين ليس سعرا ثابتا بل إنه قابل لتعديل بالزيادة أو النقص طبقا لمقتضيات المصلحة العامة – ومن ثـم فإن هذا المجلس من حقه تعديل السعر للتيار الكهربائي المورد لمـصنع المتعاقـد عملا بسلطته المذكورة وتحقيقا لمبدأ المساواة بين المستهلكين [1] .

المطلب الثاني

نطاق حق الإدارة في ممارسة حقها في تعديل شروط العقد

عـام:

إذا كان لجهة الإدارة الحق في تعديل بعض شروط العقـد الإداري إلا أن هناك ضوابط علي ممارسة جهة الإدارة لهذا الحق والغاية من هذه الـضوابط هـو حماية المتعاقد الآخر .

وتتنوع هذه القيود فمنها ما يتصل بمقدار الأعباء الجديدة التي تلقي علـي عاتق المتعاقد معها إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعيـة والمتلائمـة من حيث نوعها وأهميتها ، لا أن يكون من شأنها فسخ العقـد الأصـلي أو تبـديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه أو تؤدي هذه الأعباء إلي إرهاق المتعاقد فتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية ، وإلا جـاز لـه أن يمتنع عن تنفيذها ، بل وله أن يطلب فسخ العقد تأسيسا علي أن التعـويض الـذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الـضرر الـذي ينشأ من هذا التعديل فله أن يتفادي النتائج الخطيرة المرهقة التي كـان يتحملهـا ، وتقدير ذلك كله يدخل في سلطة القاضي ويخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري[1]

وسوف نتناول في النقاط التالية بعض صور من الضوابط التي تنظم كيفية

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٣٩ لسنة ١٤ ق

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري فـي القـضية رقـم ١٦٩٠ لـسنة ١٠ جلـسة ١٩٥٦/١٢/١٦ وحكمها في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ .

ممارسة جهة الإدارة لحقها في تعديل بعض نصوص العقد الإداري .

أولا : يجب أن تكون هناك ظروفا قد استجدت بعد إبرام العقد تجعل الإدارة في حالة إصدار لوائح التعديل :

Changement de circonstance :

ويتمثل هذا القيد في أنه لا يجوز للإدارة أن تلجأ إلي تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون تغير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها ونأتي بتساؤل حول هذا القيد فحواه هل للإدارة أن تنفرد بنفسها بتقدير الظروف المستجدة ، ومدى هذا التغيير ، وماذا يترتب علي حالة خطأ الإدارة في تقدير هذه الظروف ؟

ذهب الأستاذ الدكتور / ثروت بدوى فى رسالة " عمل الأمير " إلى عدم استطاعة جهة الإدارة النظر فى تقدير الظروف ، وإذا أخطأت فى تقدير هذه الظروف التى أدت إلى هذا التعديل تتحمل خطأها الذى وقعت فيه لأنه كان عليها أن تتخذ احتياجاتها من أول الأمر وتقدر حاجة المرفق تقديرا سليما [1] .

ويعقب الأستاذ الدكتور / سليمان الطماوى على هذا الرأى أنه يغالى فى تقيد حرية الإدارة فى تعديل شروط العقد الإدارى استنادا إلى مصالح المتعاقد ، كما فات هذا الرأى أن الفكرة الأساسية لحق الإدارة فى التعديل هو سير المرفق العام باطراد وانتظام وهذا يؤدى بدوره إلى فكرة الصالح العام ، ولا يضير المتعاقد شئ فى ذلك لأن هدفه الأساسى هو الربح فمصلحته ليست فى بقاء العقد بل فى المزايا المالية التى يسعى إليها .

ونتيجة لتمحيص هذا الرأى عدل الأستاذ الدكتور / ثروت عن رأيه حتى يتفق مع الفقه الحديث فى فرنسا وأحكام محكمة القضاء الإدارى المصرية وتطبيقا لذلك جاء فى رسالته السابقة صـ ١٠١ .

---

(١) راجع رسالة الدكتور / ثروت بدوى عن فعل الأمير صـ ١٠١ وقد تضمنت الآتى :

" Si des la formation du contrat l, Administration n , a pas fait une exacte appreciation des interets de la collectivite elle n, a s, en prendre qu, a elle – meme – Elle ne pourrait pas ravenir sur sa fante et imposer aux besoins de la collectivite Elle m, a qu, etudier parfaitement et a fond ses projets avant de les soumettre a ses entrepreneurs"

" C, est la que nous separons de la doctrine en France qui reconnaissent a l, Administration le droit de modifier ses contrats a toute epoque des lors qu, elle a en vue la satis faction de l, interet general'

ونحن نرى أن سلطة الإدارة فى تقدير الظروف المستجدة بعد إبرام العقـد والتى تؤدى بها إلى تعديل شروط العقد ليست سلطة مطلقة فهى أولا يختلف نطاقها من عقد إلى آخر ، إذ تزداد هذه السلطة كلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق العـام كما أنها من ناحية أخرى تخضع لعدة ضوابط أهمها :

١- يشترط فى أعمال تلك السلطة ألا تؤدى إلى تعديل موضوع العقـد نهائيـا أو تجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية أو الاقتصادية .

٢- يشترط أيضا ألا تمس الإدارة من شروط العقد إلا ما تعلق منها بسير المرفق العام ، وأن طرأت ظروف جديدة تبرر تعديل هذه الشروط .

٣- إذا تجاوزت الإدارة الضوابط السالفة فإن للمتعاقد معها الحق فى الامتناع عن تنفيذ ما تفرضه الإدارة من تعديلات ، كما يكون له أن يطلب مـن القاضـى الإدارى فسخ العقد مع الاحتفاظ بحقه فى التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب .

ثانيا : أن مناط حق الإدارية في تعديل شروط العقـد بإضافة شـروط جديـدة إليه هو أن يكون أكثر اتفاقا مع الصالح العام :

ذكرنا فيما سبق أن الهدف الأول من إبـرام العقـد الإداري هـو تـسيير المرافق العامة بانتظام واطراد وهو ما يتبلور في الصالح العام ولتحقيق هذا الهدف خول المشرع لجهة الإدارة الحق في أن تعديل شروط العقد بعد إبرامـه بإضـافة شروط جديدة أو إلغاء بعض هذه الشروط ، كما للجهة الإدارية أن تنهي العقـد إذا ما قدرت أن إبرامه لا يحقق الهدف المرجو منه وهو الصالح العامة وليس للمتعاقد الاعتراض علي ذلك بالتمسك بإبرام العقد إنما له المطالبة بالتعويض إذا ما استحال إرجاع الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا " أن العقود الإدارية تتميز عن

العقود المدنية بطالع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة علي المصلحة الأفراد الخاصة ، ويترتب علي ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه علي تنفيذ العقود الإدارية ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءي لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين كما أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يتقضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان له وجه حق وذلك كله علي خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز للطرف الآخر أن يستقل بتعديل شروطها أو فسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر ، وإذا ما لجأت الجهة الإدارية إلي إنهاء العقد علي النحو وطبقا لهذه الأسس فإن العقد ينحل ويعتبر كأن لم يكن ويعود المتعاقدان إلي الحالة التي كان عليها قبل العقد فيرد كل منهما إلي الآخر ما تسلمه فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض [1] وللمتعاقد مع الإدارة أن يطلب من القاضي الإدارة فسخ العقد وإنهاءه مع حقه في المطالبة بالتعويض إذا قامت جهة الإدارة بتعديل شروط العقد المبرم مع المتعاقد بما من شأنه الخروج عن موضوع العقد[2].

ثالثا : لابد أن تتضمن نصوص العقد صراحة حق الإدارة في تعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان أو أن يرد ذلك في الشروط العامة التي تعدها جهة الإدارة التي يتم التعاقد علي أساسها وتعتبر هذه الشروط جزءا لا يتجزأ من العقد لله

إذا كان للجهة الإدارية الحق في تعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان طالما تراءي لها ذلك تحقيقا للصالح العام ، وأن للمتعاقد معها الحق في التعويض إن كان له وجه في ذلك ، وإذا خلا قانون المناقصات والمزايدات وكذلك لائحته التنفيذية من نص ينظم مدي جواز ممارسة جهة الإدارة لهذا الحق ، فإن القضاء الإداري قد استقر علي أن حق جهة الإدارة في تعديل شروط العقد بالزيادة أو

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم ٨٨٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢) ٦٢٥/٨٣/١٣ .

(٢) راجع للدكتور / سليمان الطماوي " العقود الإدارية ص ٤٦٣ .

النقصان لا يسري تلقائيا في مواجهة المتعاقد مع الإدارة بل يتعين إلزام المتعاقد بـــه أن ينص عليه صراحة في العقد أو أن يرد في الشروط العامة التي تعــدها جهــة الإدارة ويتم التعاقد علي أساسها وتعتبر جزءا لا يتجزأ من العقد ، ومن ثم فإن عدم وجود هذا النص في اللائحة الجديدة لا يمنع الهيئة العامة من وضع مثل هذا النص وحدوده في الشروط العامة التي تعدها وترفق بالعطاءات التي تقدم في المناقــصات أو أن ينص عليه صراحة في العقــد المبــرم مــع المتعهــد أو المقــاول حــسب الأحوال.(١)

رابعا : يجب ان تتقيد الإدارة عند ممارسة سلطتها في التعديل بألا تتجاوز حدا معينا :

وحكمة هذا القيد تتجلي في أن المتعاقد مع الإدارة إذا وافق علي الالتــزام بموضوع محدد بالعقد فيجب ألا تتزايد الإدارة عند إجــراء التعــديل فــي بعــض نصوص العقد بأن تجعله أمام عقد آخر ما كان أن يقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة .

وأشارت المحكمة الإدارية العليا إلي هذا الشرط صــراحة فــي حكمهــا الصادر في ١١ من إبريل سنة ١٩٧٠ حيث قالت : " كما أن لها " الإدارة " ســلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل إلي الحد الذي يخل بتوازنه المالي ...."(٢)

وقد صرحت المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقــانون تنظــيم المناقــصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بعد أن حصرت التعديل في حدود نــسبة معينــة أشارت إلي ضرورة الحصول علي موافقة المتعاقد لتجاوز النسبة الواردة بــالفقرة السابقة وقد نصت علي الآتي :

" يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود (٢٥%) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مــع

---

(١) راجع في ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوى رقــم ٣١١ فــي ١٩٨٤/٤/٣ جلسة ١٩٨٤/١/١٨) ٣٧ و ٤٧٨/١٩٣/٣٨ .

(٢) راجع في ذلك حكم الإدارة العليا لسنة ١٥ ق ص ٢٦٤

هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك .

ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة ... .

وتحرص محكمة القضاء الإداري علي إبراز القيود التي ترد علي سلطة الإدارة في التعديل في حكمها الصادر في ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول " وأخيرا فإن من هذه القيود التي ترد علي سلطة الإدارة في التعديل ما يتصل بمدار الأعباء الجديدة التي تلقي علي عاتق المتعاقد مع الإدارة نتيجة لممارستها هذه السلطة إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها لا أن تكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه أو أن تؤدي هذه الأعباء إلي إرهاق المتعاقد فتجاوز إمكانياته الفنية أو لمالية أو الاقتصادية وألا جاز له أن يمتنع عن تنفيذها بل ان له أن يطلب فسخ العقد تأسيسا علي أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الذي ينشأ من هذا التعديل فه أن يتفادي النتائج الخطيرة المرهقة التي كان يتحملها ، وتقدير ذلك كله يدخل في سلطة القاضي ويخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري [1] .

خامسا : لا ينشأ العقد الإداري ، ولا يتم تعديل شروط ألا من السلطة المختصة التي تملك التعبير عن إدارة جهة الإدارة

طبقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أنه " .... ويجب في جميع الحالات تعديل العقد الحصول علي موافقة السلطة المختصة ...."

بينما فيما سبق أن العقد الإداري لا ينشا ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة ممن يملك التعبير عن هذه الإدارة إ لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/١٦ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في السنة ١١ ق من أول أكتوبر سنة ١٩٥٦ إلي آخر مارس سنة ١٩٥٧ ص ٩١ ، ص ٩٢.

نيط بهم قانونا هذا الاختصاص – ومقتضي ذلك أنه إذا كان يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري فلا سبيل إلي القيام بهذا التعديل والاعتداد به قانونا ما لم تلتزم عند إجرائه بقواعد الاختصاص المقررة فلا يتأتي التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه ، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثرا ما في تعديل العقد وتغيير مقتضاه ، وعليها الالتزام بالإجراءات الشكلية المقررة بحيث يخول للمتعاقد الحق في الطعن بالبطلان إزاء كل تعديل مخالف للقواعد المقررة .

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن " ومن حيث إن من مهمة مهندس العقد المشرف علي تنفيذه هي الإشراف علي تنفيذ العقد وفق شروطه المتفق عليها وإصدار ما يلزم من الأوامر والتعليمات في تلك الشروط وبما لا ينوه عنها ، وليس لمهندس العقد أن ينفرد بتعديل العقد واستحداث التزامات مالية جديدة علي عاتق الجهة الإدارية قد تضيق بها موازنة العقد المعتمدة ويتعذر تدبير مصرفها المالي وليس للمقاول أن يتستر وراء تعليمات شفهية منسوب صدورها إلي مهندس العقد ويتذرع بها سبيلا إلي تعديله تعديلا ينقل للجهة الإدارية بالتزامات مالية جديدة لا تنبثق عن العقد الأصلي ، فمثل هذا التعديل لا غني عن صدوره من جهة الإختصاص بإجرائه و لا ينتج التعديل أثرا إذا ما تنكب هذا السبيل [1]

سادسا : إذا رغبت جهة الإدارة في زيادة الأعمال المتفق عليها في العقد فيجب أن تكون الأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية المتفق عليها:

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن " ومن حيث إنه أيا ما كان الرأي فيما إذا كانت قيمة تلك الأعمال الإضافية في حدود ٢٥% من قيمة العقد الأصلي من عدمه فإن الأعمال الإضافية يتعين أن يكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٨٠/١١/٢٢.

والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الأصلي عليها من ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية ومن الاستعراض السابق للوقائع يبين منه بوضوح أن تلك الأعمال الإضافية منبتة الصلة بالأعمال الأصلية وهي أعمال متميزة بطبيعتها وجنس كل منها عن عمال الدهان والبياض ولا يمكن للأعمال الإضافية المزعومة علي ذات الفئات والأسعار المحددة للأعمال الأصلية لعدم التماثل بين الأصلي والإضافي حيث لا يجمعها إلا كونها جميعا تدخل تحت اصطلاح الإصلاحات وهو ما كان يتعين معه طرح الأعمال الإضافية في المناقصة حتي تيم التعاقد عليها مواكبة للأعمال المضمنة بالعقد الأصلي أو قبله ، والذي تمت المقايسة بشأنه بمعرفة منطقة الإسكان فإذا كان الثابت أنها لم تدخل في نطاق العقد الأصلي ولم يتم.طرحها قبله أو مواكبتها له ليتسني بتنفيذها قبل الدهان محل العقد المذكور فإنه وقد جاءت مخالفة لأعمال العقد المذكور ومتميزة عنها فإنه لا مناص والحال كذلك من طرحها في مناقصة منفصلة [1] .

سابعا : حق الإدارة في تعديل العقد مقيدة بأن تكون مصلحة المرفق تقتضي ذلك، وأن تتم في إطار التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية .

بيان ذلك:

" من المبادئ المستقرة في نظرية العقد الإداري أن للجهة الإدارية المتعاقدة الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ وكذلك لها الحق في تعديل مدى التزامات المتعاقد معها علي نحو غير معروف وقت إبرام العقد ، وهذا علي خلاف المألوف في العقود التي تبرم بين الأفراد ، فلها أن تزيد من الأعباء الملقاة علي عاتق الطرف الآخر أو تنقصها ، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو بالنقص علي خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل . من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو

(١) حكم الإدارية العليا في الحكم رقم ١٩٩٤-٣٣ ق جلسة ١٩٨٩/٤/٢٩) ٩٢٩/١٣١/٣٤ وراجع كذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١٢/١٦ وكذلك حكمها الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠.

بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، غير أن سلطة التعديل هذه ليس مطلقة بل تـرد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلح العامة والمصالح الفرديـة للمتعاقدين معها وفي مقدمة هذه القيود ما يتصل بطبيعة التعديل حيث تقتصر علـى نصوص العقد المتصل بسير المرفق العام ونطاق ومقتضيات العمل المطلوب تنفيذه من المتعاقد علي جهة الإدارة لا تملك أن تتنـاول بالتعـديل النـصوص المتعلقـة بالمزايا المالية المتفق عليها والتي يستفيد منها المتعاقد معها حرصاً علي مـصلحته الخاصة . ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه مـن أعباء جديدة تقع علي عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل إذ يتعين أن تكـون هـذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانات المتعاقد الفنية والمالية أو أن يكون مـن شـأنها أن تقلب العقد رأسا علي عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغييـر في موضوع العقد أو محله وإلا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد . ويقابـل حـق الإدارة في تعديل العقد الإداري أثناء التنفيذ حق المتعاقد معها في المحافظـة علـى التوازن المالي للعقد وتعويضه عن الآثار المترتبة علي هذا التعديل (١) .

ثامنا : للجهة الإدارية أن تعدل في شروط العقد دون أن يتحدى الطرف الآخـر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وذلك بشرط ألا يصل التعديل إلـى حد فسخ العقد كليـة وأن يكـون للطـرف الآخـر الحـق في التعـويض إذا أصابه من جراء هذا التعديل ضرر- هذا الضرر الموجب للتعويض يـتعين إثباتـه في كل حالة علي حـدة ولا يجـوز افتراضـه وعلـي أساسـه يقـدر التعويض - بيان ذلك :

استظهرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في إحدى فتاويهـا " وإن كان صحيحا أن القاعدة التي نصت عليها المادة ١٤٧ من القانون المدني مـن أن " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديلـه إلا باتفـاق الطـرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " هي أصل من أصول القانون تنطبـق فـي العقـود

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتـوى والتـشريع رقـم ٩٨٤ فـي ١٩٧٣/١٢/٩ جلـسة ١٩٧٣/١١/٢٨ - ٢٥/٢٠/٢٨.

المدنية والعقود الإدارية علي حد سواء إلا أن العقود الإدارية تتميــز عــن العقــود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليــب وجه المصلحة العامة علي مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطــرفين في العقود المدنية متوازية متساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجــب ان يعلو الصالح العام علي المصلحة الفردية الخاصة ، وهذه الفكرة هي التي تحكــم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب عليها أن لجهــة الإدارة أن تعــدل فــي شروط العقد دون أن يتحدي الطرف الآخر بقاعدة " أن العقد شــريعة المتعاقــدين " وذلك بشرط ألا يصل التعديل إلي حد فسخ العقد كلية وأن يكون للطــرف الآخــر الحق في التعويض إذا أصابه من جراء هذا التعديل ضرر ، وهذا الضرر الموجب للتعويض يتعين إثباته في كل حالة علي حدة ، ولا يجوز افتراضه وعلــي أساســه يقدر التعويض ومن حيث إن الوحدة المحلية لمدينة الجيزة اضطرت فــي الحالــة المعروضة لتغيير موقع المشروع بذات الجهة وتوقف العمل بسبب ذلــك مــدة لــم تجاوز الحد المعقول كما خلت الأوراق من دليل علي الضرر الذي حاق بالمقــاول من جراء توقف العمل ومن ثم فإن منحه تعويضا علي نحو ما جــري عليــه فــي حالات مماثلة لا يستقيم وحسن تطبيق القانون [١] .

تاسعا : وضع المشرع أصلاً عاماً في مجال تنفيذ العقود الإدارية مقتضاه إلـزام المتعاقد مع الجهة الإدارية بقبول طلبها بتعديل كميات أو حجم العقـد المبرم معها زيادة او نقصا في الحد الـوارد بـنص المادة ٧٨ مـن لائحة المناقصات والمزايدات سالف الإشارة إليه – أساس ذلك كالآتي :

من حيث إن المستفاد مــن نــص المــادة ٧٨ مــن لائحــة المناقــصات والمزايدات الصادر بها قرار وزير المالية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ " إن المشرع خول لجهة الإدارة الحق في تعديل العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معهــا دون أن يكــون للمتعاقد الحق في الاعتراض أو المطالبة بالتعويض عن ذلــك إذا باشــرت الجهــة الإدارية هذا الحق في حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار المدونة

---

(١) راجع في ذلك فتوى الجمعية العمومية رقم ٥٤٠ في ١٩٩٣/٧/٦ جلسة ١٩٩٣/٥/١٦)٤٧)

في العقد المبرم بينهما ، أما إذا أرادت جهة الإدارة تجاوز هذه النسبة وإسناد إعمال إضافية تزيد عليها فيتعين إن تتخذ الإجراءات المناسبة مع المتعاقد توصلا إلي موافقته علي إسناد العمل الإضافي إليه ، غير أن استعمال هذا الحق مقيد بتوافر ثلاثة شروط أولها أن تكون هناك ضرورة طارئة تبرر ذلك ، وثانيها ألا يؤثر هذا الأمر علي أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه وثالثها وجود الاعتماد المالي اللازم.[٢]

عاشرا : تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة طرفيه لا يرتب لأي منها الحق في التعويض إلا بقدر ما يثمره اتفاقهما المشترك بيان ذلك كالآتي :

ذكرنا فيما سبق أن للجهة الإدارية الحق في تعديل العقد الإداري وتحويره بما يتلاءم والصالح العام ، وأن للمتعاقد الحق في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي أو تغير ظروف العقد المالية التي تنتج بسبب ممارسة جهة الإدارة للحق السابق من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة – أما إذا تم تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سوية لطرفي التعاقد (جهة الإدارة والمتعاقد معها) مثلما يحدث في العلاقات التي تبرم بين الأفراد فيما بينهما فلا يرتب لأي منهما الحق في التعويض إلا بقدر ما يثمره اتفاقهما المشترك من اشتراطات حول هذا التعويض [١] .

(٢) في بيان ذلك راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٤٤٣ في ١٩٨٩/٤/٣٠ جلسة ١٩٨٩/٤/٥) ٤٣ ، ٤٤ /٣٠٦/١١٢).

(١) راجع في هذا الشأن حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٦٢ -١٦ جلسة ١٩٧٨/٤/١٥) (١١٢/٢٣

المطلب الثالث
الأساسي القانوني لحق الإدارة في تعديل نصوص العقد الإداري

سلطة الإدارة في تعديل بعض نصوص العقد الإداري كان موضع بحث ولغز من جانب الفقه .

وكل فقيه أدلي بدلوه في بئر هذا الموضوع للوصول إلي الأساس القانوني لهذا الحق كما أدلي كل فقيه برأيه وانتقاداته لهذا الحق .

ففي الفقه الفرنسي :

ذهب الفقيه لوبيه في إنكاره لهذه السلطة إلي القول بأن هذه السلطة ترتكز علي فكرة ابتدعها الفقه ولم يؤيدها أحكام مجلس الدولة الفرنسي .

فأحكام المجلس إما أن تنكر هذه السلطة صراحة وإما أن تعترف بها ، ولكن استنادا إلي قواعد القانون العامة والخاصة في تفسير العقود وفقا لنية المتعاقدين . فحكم ترام مرسيليا وهو ما يتضح من تقرير المفوض ليون بلوم لا يؤيد هذه الفكرة إذ يمكن تفسيره دون حاجة إلي القول بسلطة التعديل الانفرادي ولا توجد سلطة عامة للإدارة بل سلطة لائحية تصدر عن القانون .

وهناك أحكام يعرضها (لوبيه) ويري أنها تنكر هذه السلطة صراحة لها بموجب النصوص الصريحة أو الضمنية وأن النصوص الصريحة في هذا الشأن كثيرا ما توجد في دفاتر الشروط ومع كثرة تكرارها افترض القضاء وجودها .

عند الفقيه جيز

ذهب الفقيه " جيز " في بداية الأمر إلي تأييد حق الإدارة في تعديل نصوص العقد الإداري ثم هاجم هذا الحق ولم يعد يعترف به إلا في عقدي الأشغال العامة والامتياز ويرجع ذلك إلي أن هذين العقدين شروطهما كلها ليست شروطا تعاقدية بل منها لائحية وبالتالي يكون للإدارة حق تعديل الشروط اللائحية دون التعاقدية أما غير هذين العقدين فلا يجوز للإدارة أن تستقل بتعديل شروط عقد

وافق عليه كل من الطرفين بحرية. [1] .

I l n, appartient pas a l, administration de modifier les clauses d, un controt librement accepte par les parties.

عند الفقيه هوريو L, Huilier

يري الفقيه هوريو أن حق الإدارة في التعديل من خلق الفقهاء وأن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يؤيده . استند هذا الفقيه إلي حكم لمجلس الدولة الفرنسي صادر في ١١/٧/١٩٤١ في قضية [2] ، " Hopitol – Hospice de chauny ومن ثم فإنه يرى أن سلطة التعديل لا تتمتع بها الإدارة إلا بمقتضى نص في التشريع أو فى العقد ذاته .

ويصف هذا الفقيه الحقوق الناشئة عن الاتفاقات الإدارية بأنها حقوق احتمالية بمعنى أن كل عملية إدارية يمكن أثناء تنفيذها أن تتعرض للوقف ، أو التأجيل أو التعديل حسبما تتطلب المصلحة العامة .

وينتقد أستاذنا الدكتور الطماوى هذا الرأى بقوله " إن هذا الرأى ينطوى على تناقص حين يقرر أن سلطة التعديل يمكن أن تتمتع بها جهة الإدارة المتعاقدة إذا نص عليها فى العقد لو نظرنا إلى طبيعة العقد الإدارى باعتباره عقدا فإن مثل هذا الشرط لا يكون مشروعا إلا فى العقد الإدارى نظرا للطبيعة الخاصة بهذا العقد ومنطق هذا أن يكون للإدارة ممارسة تلك السلطة إذا ثبتت طبيعة العقد الإدارية دون حاجة للنص عليها صراحة .

وإن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا ينكر هذا الحق بل إن هذا القضاء بالنسبة لحق التعديل به ندرة فى الوقت الحاضر كما يقول الفقيه دى لوبادير نظرا لأن العقود الإدارية جرت على النص على سلطة التعديل وعلى رسم حدودها مما

---

(١) راجع تعليق جيز بهذا المعني في مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٧ .

(٢) يتعلق هذا الحكم بعقد وكالة mandat وقد جاء فيه قول المجلس :

I l n, appartenait pas a l, administration de modifier unilateraclement les conditions dndit mandat"

ضيق من مجال القضاء فى هذا الصدد .[1]

إلا أن الرأى الراجح فى الفقه الإدارى الفرنسى يتجه إلى نحو وجود حق الإدارة فى تعديل نصوص العقد الإدارى مستقلا عن النص الوارد بخصوصه فى العقد ما هو إلا كاشف لا منشئ [2] .

ونعقب على رأى الفقه الفرنسى السابق بأن القول بوجود حق الإدارة فى تعديل العقد الإدارى مستقلا عن نصوص العقد يجعله حقا كاشفا لا منشئا فيه تقييد لهذا الحق وينافى قاعدة إلزامية العقود لطرفيها ، ولا يتماشى هذا الرأى مع طبيعة العقد الإدارى لما يتمتع به بقدر من المرونة "Une certatine mutabilite" .

وما تستلزمه ذلك طبيعة هذا العقد واتصاله بالمرفق العام .

وقد عدل الفقه بعد ذلك عن هذا الرأى ، وقد ساد فى الفقه والقضاء الاتجاه إلى الاعتراف بسلطة الإدارة فى تعديل بعض نصوص العقد الإدارى باعتبارها مبدأ عاما يطبق بالنسبة لكافة أنواع العقود الإدارية وهى قاعدة موجودة دائما دون حاجة إلى إدراجها فى الوثائق الحكومية للعقد [1] .

ويستطرد الاتجاه السابق من الفقه إلى القول بأن العقد الإدارى لا يخضع

---

(١) راجع الدكتور سليمان الطماوى – العقود الإدارية طبعة سنة ١٩٨٤ .
راجع فى ذلك للفقيه دى لوبادير المطول فى العقود الإدارية الجزء الثانى صـ ٣٢٣ حيث استعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد بالنسبة إلى عقد الامتياز وغيره من العقود ، وراجع فى ذلك أيضا رسالة الدكتور ثروت بدوى المرجع السابق صـ ٥٩ حيث أورد القضاء الخاص بزيادة عربات الترام وفى صـ ٦١ بالإضاءة وقضاء المجلس الخاص بالفسخ صـ ٦٦ وأخيرا قضاءه بزيادة المقابل أو إنتاجه صـ ٦٨ .

(٢) راجع فى ذلك (جيز) المطول فى العقود الجزء الأول صـ ٢١٩ ، موجز بونار فى القانون الإدارى صـ ٦٢٠ ، وبحث الأستاذ فالين فى مجلة القانون العام سنة ١٩٤٨ صـ ٨١ ، ورسالة بينكو صـ ٣٦٣ ومطول دويزودى فى القانون الإدارى صـ ٩٠٦ ومطول دير لوبادير فى القانون الإدارى صـ ٨٠١ وما بعدها وأخيار مطوله فى العقود الجزء الثانى صـ ٢٣١ .

(١)Je Ze. Principes genereaux du droit a dministratif T٤. Theorie generale des contrats a dministration PP ٢٢٤ – ٢٤٠ - ٢٥٨.

لقاعدة الثبات التعاقدى ، وتستطيع الإدارة أن تفرض بإرادتها المنفـــردة تعـــديلات على الشروط التى يتضمنها العقد الإدارى طبقا لمقتضيات الصالح العام ، وضـــمانا لسير العمل فى المرفق العام بحيث صار المبدأ الذى يخضع له العقد الإدارى هـــو مبدأ عدم الثبات والذى يؤدى إلى الاعتراف للإدارة أن تزيد أو تخفض الأداءات أو تؤجلها أو حتى تلغى ذاته (٢).

ويتحفظ الاتجاه الفقهى السابق على هذه السلطة فهو لا يطلقها بدون قيـــود حتى لا تهدم مبدأ القوة الملزمة للعقد فهو لم يطبق مبدأ الثبات التعاقـــدى المطبـــق على العقود المدنية بذات نتائجه العامة المطلقة بل يخلع نوعا من عدم الثبات الـــذى يعطى العقد الإدارى المرونة التى تمكن الإدارة المسئولة عن حسن ســـير المرفـــق العام من أن تفرض تحت رقابة القضاء التعديلات التى تحقق هذه المصلحة .

الأساس القانونى لحق الإدارة فى تعديل بعض نصوص العقد الإدارى فى الفقه المصرى :

تضمنت اللائحة التنفيذية للقانون رقـــم ٨٩ لـــسنة ١٩٩٨ بـــشأن تنظـــيم المناقصات والمزايدات فى المادة ٧٨ على حق الإدارة فى تعديل بعض نـــصوص العقد صراحة حيث نصت على : –

يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فـــى حدود (٢٥%) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مـــع الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك ويجوز فـــى حـــالات الـــضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة .

ويجب فى جميع حالات تعديل العقد الحـــصول علـــى موافقـــة الـــسلطة المختصة ووجود الاعتماد المالى اللازم وأن يصدر التعديل خـــلال فتـــرة ســـريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه .

وكما قد تتضمن بعض القوانين الخاصة نصوصا تنظـــيم ممارســـة حـــق

---

(٢) Peguignot. These op. Cit pp ٣٦٥ et suivit Waline. Droit a dministratif gedition P. ٦٠٥

الإدارة فى تعديل بعض شروط العقد الإدارى وهذا حسبما تقتضيه طبيعة كل عقد على حده كما هو الشأن فى عقد الامتياز .

كما تولت أحكام القضاء الإدارى تفصيل حق الإدارة فى تعديل نصوص العقد الإدارى نذكر منها وعلى سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٨/٣/٢ سالف الذكر [1] .

ومن أحكام محكمة القضاء الإدارى التى تضمنت حق الإدارة فى التعديل الحكم الصادر فى ١٩٥٧/٦/٣٠ والذى جاء فيه " أن للإدارة سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها وهى تتمتع بهذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها فى العقد لأنها تتعلق بالنظام العام " .

وكذلك حكمها الصادر فى ١٩٥٦/١٢/١٦ فى القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق المقامة من وزارة التموين ضد السيد محمد محمد خليل ، وقد جاء فيه بعد أن أبرزت المحكمة خصائص العقود الإدارية المميزة لها عن عقود القانون الخاص قولها " .. ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة على خلاف المألوف فى معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد . فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد ، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين ، وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرفق العامة تفترض مقدما حدوث تغيير فى ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن الإدارة

---

(١) هذا الحكم سبق الإشارة إليه فى النقطة الخاصة بنطاق حق جهة الإدارة فى تعديل شروط العقد صـــ .

وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق تعـديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق تلك المصلحة ، ومن ثم كانت سلطة التعـديل ليست مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتـصال العقـد الإدارى به ، وضرورة الحرص على انتظام سيره ، ووجوب استدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق الصالح العام ، ومن هنا يثبت حق الإدارة فى التعـديل بغير حاجة إلى النص عليه فى العقد أو موافقة الطرف الآخر غليه اعتبار بأن هـذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام . فـإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظـيم لـسلطة التعديل ، وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك يضاف إلى هـذا ، أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلـق بالنظام العام (١)

ويستفاد من هذا الحكم السابق أن سلطة التعديل المقررة لجهة الإدارة فـى تعديل بعض نصوص العقد الإدارى تستمد طبيعتها من العقد وليست من النصوص التى ترد فى اللوائح أو القوانين .

وإذا كان هذا الحق مخول لجهة الإدارة فلهـا أن تجربـه طالمـا أتاحـت الفرص لها ذلك إلا أن هذا الحق مقيد بمدى احتياج المرفق العام له ويرى الأسـتاذ الدكتور ثروت بدوى " أن الأساس القانون لسلطة الإدارة فى تعديل بعض نصوص العقد مستمدة من فكرة السلطة العامة وما تتمتـع بـه الإدارة مـن امتيـاز اتخـاذ القرارات النافذة من تلقاء نفسها وامتياز تنفيذ قراراتها تنفيذا جبريا (١) .

ونحن نرى أن الأساس القانونى الذى تستند إليه جهة الإدارى فى ممارسة سلطتها فى تعديل بعض نصوص العقد الإدارى يرجع إلى مبادئ القانون العام ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإدارى وما يقتضيه حسن سير المرافق العام بانتظام واطـراد

---

(١) راجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٥٦/١٢/١٦ القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق مجموعة السنة الحادية عشر صـ ٩١ .

(١) راجع فى ذلك د. ثروت بدوى " القانون الإدارى سنة ١٩٧١ صـ ١٣٦ ورسالته صـ ٧٢.

وما يستلزمه ذلك من مسايرة متطلبات التطوير والتغيير بالإضافة إلى توافر المصلحة العامة التى قد تستلزم أن يفرض على المتعاقد التزامات لم يحتويها العقد.

المبحث الرابع

حقوق المتعاقد قبل الإدارة المتعاقدة

الأصل أن المتعاقد مع الإدارة لا يمتنع إلا بالحقوق التي يستمدها من العقد ومع ذلك فإنه بالنظر إلي ما تتمتع به الإدارة من سلطات أو سع مما يتضمنها العقد ، فإن للمتعاقد معها حقوق تكفل له العدالة في تنفيذ العقد ، وتضمن له المساواة بينه وبين سائر الأفراد أمام الأعباء العامة التي تتطلبها سير المرافق العامة .

ومن هنا نجد ان حقوق المتعاقد مع الإدارة تتمثل فيما يلي :

أ – الحصول علي المقابل المالي :

للمتعاقد مع الإدارة الحق في مطالبة الإدارة تنفيذ شروط العقد والتي تتمثل في الامتيازات المالية المقررة والمتفق عليها بالنسبة للمتعاقد ، كالنص المتفق عليه في عقود الالتزام أو الحد الأدني للربح الذي يقرره العقد للملتزم .

ولا يجوز للإدارة ممارسة سلطتها في تعديل بعض نصوص العقد علي هذه الحقوق المالية وذلك لعدم اتصالها بتسيير المرافق العامة ، ويستثني من هذه القاعدة ، عقد الالتزام حيث يكون للإدارة الحق في تعديل الرسوم المقررة مقابل الانتفاع ، وللمتعاقد إزاء ذلك الحصول علي تعويض مالي إذا ما ترتب علي التعديل السابق أضرارا مادية .

وإذا أخلت الإدارة بالتزاماتها المالية تجاه المتعاقد معها ، فللمتعاقد طلب فسخ العقد دون أن يكون له الامتناع عن تنفيذ التزاماته لأن الامتناع عن التنفيذ من شأنه المساس بسير المرفق العام وهو أمر لا يجوز إقراره .

بـ اقتضاء بعض التعويضات :

للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب ببعض التعويضات وذلك في حالات متعددة أهمها :

١- ارتكاب الإدارة خطأ ترتب عليه إلحاق ضرر بالمتعاقد معها .

٢- عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها المبنية في العقد .

٣- إذا قام المتعاقد من تلقاء نفسه بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير مطلوبة أصلا في العقد متي ثبت أن هذه الأعمال كانت ذات فائدة للإدارة أو لازمة للمرفق العام .

٤- إذا تعرض المتعاقد أثناء تنفيذ العقد لصعوبات مادية غير متوقعة أو غير مألوفة وترتب عليها زيادة أعبائه ، مثال علي ذلك إذا قابل متعهد الأشغال العامة أرضاً صخرية أو ذات طبيعة استثنائية تحتاج لنفقات غير متوقعة .

جـ إعادة التوازن المالي للعقد : -

إذا كان للإدارة أن تعدل من التزامات المتعاقد معها ، فإن ذلك يقابله للمتعاقد الحق في تعديل حقوقه المالية المقابلة ، وهذا ما يعبر عنه بفكرة " التوازن المالي للعقد الإداري " ومقتضي هذه الفكرة يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في احترام حقوقه المالية بحيث تكون مستحقاته متوازنة مع التزاماته وأعبائه ونفقاته بصدد تنفيذ العقد الإداري .

ومن هذا المنطلق استقر الفقه والقضاء علي أنه إذا طرأت بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ظروف من شانها زيادة أعباء المتعاقد أو تعديل اقتصاديات العقد بصورة كبيرة ، فعلي الإدارة أن تعوض المتعاقد معها والمساهمة في تحمل الخسائر التي لحقت به حتي يعود التوازن المالي العقد مرة أخري ، بالرغم من عدم ارتكابها لأي خطأ عقدي يستوجب مسئوليتها .

والعلة من فكرة التوازن المالي هي حماية المصلحة المالية للمتعاقد مع الإدارة لتشجيع الأفراد علي التعاقد مع الإدارة وذلك بضمان الحقوق المالية لهم إذا طرأت أحداث خارجية من شأنها زيادة أعبائهم المالية ، وكذلك حماية مصلحة المرفق الذي يتصل العقدية لأن زيادة الالتزامات والأعباء علي المتعاقد قد تؤدي إلي إرهاقه ماليا إذا ما استمر في تنفيذ تعاقده .

وتطبيقا لفكرة التوازن المالي أخذ القضاء الإداري بالنظريتين التاليين :

١- **نظرية المخاطر الإدارية** : ويطلق عليها نظرية " عمل الأمير " ومضمون هذه النظرية إنه إذا صدر عن سلطة إدارية في الدولة إجراء من شأنه زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة ، فإن الجهة الإدارية تلتزم بتعويض الأضرار الناجمة عن هذا الإجراء .

ويشترط لتطبيق هذه النظرية ما يلي :

١- أن يكون العقد من العقود الإدارية وفقا لما سبق تحديده بصدد تعريف العقد الإداري.

٢- أن يكون الإجراء صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة .

٣- أن يكون هذا الإجراء غير متوقع وقت التعاقد .

٤- أن يترتب علي الإجراء ضرر للمتعاقد من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد ، وبغض النظر عن درجة جسامة هذا الضرر ، علي أن يكون هذا الضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه من يمسهم الإجراء العام .

ويلاحظ في تطبيق هذه النظرية أنه لا يشترط أن يمثل عمل الإدارة خطأ من جانبها إنما هو تصرف صدر منها (الإدارة) كسلطة عامة وفي حدود سلطاتها بهدف تحقيق المصلحة العامة دون أن يتوقف علي ما قد يترتب علي تصرفها من أضرار خاصة بالمتعاقد معها أو من ثم فإن مسئوليتها في هذه الحالة هي مسئولية عقدية بلا خطأ أما إذا أنطوي تصرف الإدارة علي خطأ ، فإنها تسأل عنه وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية.[1] .

قد يتمثل عمل الأمير في إجراء خاص وذلك بتعديل شروط العقد بفرض قيود خاصة تزيد من أعباء المتعاقد معها أو إجراء عام بإصدار قوانين أو لوائح من شأنها زيادة الأعباء علي المتعاقد مع الإدارة ، كما قد يتمثل عمل الأمير في صورة عمل مادي يجعل تنفيذ العقد مرهقاً .

---

(١) راجع في ذلك أ.د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري – نظرية العمل الإداري ص ٣٦٤ وما بعدها – طبعة ١٩٩٣ .

ويترتب علي تطبيق هذه النظرية ، حصول المتعاقد علي تعـويض كامـل يغطي كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، وفـي حالـة اسـتحالة التنفيـذ فللمتعاقد التحرر من الالتزام بالتنفيذ والمطالبة بفسخ العقد .

٢ـ نظرية الظروف الطارئة :

فحوى هذه النظرية يتلخص في أنها ظروف غير متوقعة ، من شأنها زيادة الأعباء الملقاة علي عاتق المتعاقد مع الإدارة إلي حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالها جسيما ، ويترتب علي ذلك أنه يكون للمتعاقد الحق في أن يطلب مـن الإدارة ولـو بصورة مؤقتة المساهمة في تحمل جانب من الخسائر التي تلحق به .

ويشترط لتطبق هذه النظرية توافر ما يلي :

- أن يطرأ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ظرف طـارئ ، يرجـع إمـا لأسـباب اقتصادية كالارتفاع المفاجئ وغير المتوقع في الأسعار ، أو لأسـباب سياسـية كإعلان الحرب ، أو لأسباب طبيعية كالزلازل المدمر أو الـسيول ، أو نتيجـة عمل جهة إدارية أخري غير جهة الإدارة المتعاقدة .
- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه أو تداركه بعد وقوعه .
- أن يكون الظرف الطارئ مستقلا عن إرادة المتعاقدين ، أي خارج عـن إرادة المتعاقد من ناحية والإدارة المتعاقدة من ناحية أخري ، ففي الحالة الأولي فإنـه لا يجوز للمتعاقد أن يستفيد من خطأه أو إهماله وفي الحالـة الثانيـة تنطبـق نظرية المخاطر الإدارية .
- أن يكون من شأن هذا الظرف الطارئ أن يؤدي إلي إلحاق خـسائر بالمتعاقـد تجعل تنفيذ التزاماته أمراً مرهقا إلي حد كبير ، ودون أن صل الأمر إلي حـد استحالة تنفيذ العقد . .

ويلاحظ أن تقدير فكرة الإرهاق في التنفيذ تختلف مـن عقـد إلـي آخـر بصرف النظر عن الموقف المالي للمتعاقد في خارج حدود الالتزامات التعاقدية .

النتائج التي تترتب علي تطبيق هذه النظرية : _

١- استمرار العقد واستمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته وبقائها كما هي .

٢-حق المتعاقد في الحصول علي تعويض من جانب الإدارة المتعاقدة معــه بمــا يمكنه الاستمرار في تنفيذ التزاماته أي تقتصر التعويض علي تغطية جانــب من خسائر المتعاقد بمعني أنه تعويض جزئي يعد بمثابة مشاركة في تحمــل الخسائر بين الإدارة والمتعاقد .

٣-إذا ترتب علي حدوث الظروف الطارئة أن المتعاقد لا يستطيع الاستمرار فــي تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمعاونة دائمة من الإدارة فلكل من طرفــي العقــد الحق في طلب إنهاء العقد أو إعادة النظر في شروط العقد بتعديلها بما يتفــق مع الظروف الجديدة[١] .

(١) راجع في ذلك أ.د/ سامي جمال الدين – المرجع السابق ص ٣٦٧

المبحث الأول

مدى إمكانية الطعن بالإلغاء

فى القرارات المتعلقة بمرحلة تنفيذ اعقد وفسخه

تمهيد وتقسيم :

بالنسبة لمدى إمكانية الطعن بالإلغاء فى القرارات المتعلقـة بتنفيـذ العقـد الإدارى وفسخه فإن ذلك يختلف حسب طبيعة الطاعن ، وما إذا كان طـرف فـى العقد أم من الغير .

فإذا كان الطاعن من (الغير) فهو لا صفة له فى تنفيذ العقد لأن العقـود نسبية بطبيعتها وتنفيذ العقد يقتصر أثره على الإدارة والمتعاقد معها .

أما إذا كان الطاعن هو (المتعاقد مـع الإدارة) فـإذا كـان يـستطيع أن يستعمل الطعن بالإلغاء ويبنيه على مخالفة القرار المنفصل لقواعد الـشرعية فـى مرحلة إبرام العقد والمرحلة السابقة على الإبرام فإن الوضع هنا يختلف تمامـاً لأن كل أعمال التنفيذ التى يكون له مصلحة فى الطعن فيها إنما تخالف الشروط العقدية ، ومخالفة العقد لا يمكن أن يبنى عليها الطعن بالإلغاء .

تقسيم :

ولما كانت صفة الطاعن لها تأثير بالغ أهمية لبيان مدى إمكانيـة الطعـن بتجاوز السلطة فى القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد فإن ذلك يقتضى منا أن نقسم هـذا المبحث إلى المطالب الآتية :-

المطلب الأول : نبين من مدى إمكانية الطعن بالإلغاء فى القرارات المتعلقة بتنفيـذ العقد من جانب الغير .

وفى المطلب الثانى : نبين مدى إمكانية الطعن بالإلغاء فـى القـرارات المتعلقـة بمرحلة تنفيذ العقد من جانب المتعاقد .

المطلب الأول

مدى أحقية الغير فى الالتجاء إلى دعوى الإلغاء للطعن على القرارات الصادرة فى مرحلة تنفيذ العقد الإدارى

يختلف وضع " الغير " فى مرحلة تنفيذ العقد الإدارى عن وضعه فى مرحلة انعقاد العقد لأن " الغير " فى المرحلة الأولى كانوا ذوى صفة فى الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية التى تصدرها جهة الإدارة فى هذه المرحلة لكونهم ذوى مصلحة فى أن يتم التعاقد مع الإدارة ولكن لم يتحقق لهم ذلك .

أما " الغير " هنا فلا صفة لهم فى تنفيذ العقد لنسبية أثار العقد وأن تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه لن يمس مصلحتهم بالإضافة إلى ما تقدم فإن القرارات القابلة للانفصال عن العقد فى المرحلة الأولى تتصور بكثرة أما القرارات الإدارية المتعلقة بمرحلة التنفيذ تتصل غالبيتها العظمى بالعقد وغير قابلة للفصل عنه .

ويذهب بعض الفقهاء إلى تأييد القول السابق بعدم أحقية الغير فى إقامة دعوى الإلغاء ضد القرارات الصادرة من الإدارة المتعاقدة والمتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه استنادا إلى فكرة القرار المنفصل ، وذلك بمقولة أن القرارات الإدارية السابقة لا تعتبر قرارات منفصلة عن العلاقات التعاقدية بين طرفى العقد(1).

وقد أيد القضاءان الفرنسى والمصرى الرأى الفقهى السابق وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي " بأنه لا يقبل من الغير أن يطعنوا أمام قاضى الإلغاء فى قرار متعلق بتنفيذ العقد ، ولكن يمكنهم فقط أن يتدخلوا فى الدعوى المرفوعة من المتعاقد أمام قاضى العقد (1).

---

(1) راجع مزيدا من التفصيل فى هذا الموضوع للدكتور / مصطفى كمال وصفى – الإجراءات القضائية فى المنازعات الإدارية – مجلة المحاماة لسنة ٤٨ العدد السابع – شهر سبتمبر ١٩٦٨ – ص ١٦ ، وما بعدها .

(1) C.E ٢٤ – Oct ١٩٥٢ chambre syndicale dela Bonnterie du sud-Quest et du Midide la france. Rec. ٤٦٥.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسى كذلك بأن " للغير عند اللزوم أن يقيمـــوا دعوى القضاء الكامل غير التعاقدية من أجل الحصول على تعـــويض مـــن الإدارة عن الضرر الذى أحدثه لهم قرار صادر منها يتعلق بتنفيذ أو نهايـــة العقـــد الـــذى يربطها بالمتعاقد (٢) .

أما بالنسبة لمجلس الدولة المصرى فقد قضت محكمة القضاء الإدارى فـــى أحد أحكامها بقولها " ومتى توافرت فى المنازعة حقيقة العقد الإدارى فإنها تـــدخل فى نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء إلا أن هذا المبدأ يحد من إطلاقـــه قيدين أولهما : يتعلق باقتصار آثار العقود على عاقديها ، فغير المتعاقد لا يجوز لـــه إلا أن يطعن بالإلغاء لأنه أجنبى ليس للعقد فى مواجهته أية قوة فى الإلزام (٣) .

يتبين مما تقدم من أحكام سواء الصادرة من مجلس الدولة الفرنسى ، وكذا من مجلس الدولة المصرى أنه ليس للغير أن يطعنوا بالإلغاء على كافـــة التـــدابير المتعلقة بتنفيذ العقد أو المتعلقة بإنهائه (٤) إلا إذا وجد قرار يخرج عن قاعدة نـــسبية آثار العقود ، وهذا لا يتوافر إلا نادار ، ونطاقه العادى فى عقود التـــزام المرافـــق العامة ، فالمنتفعون بخدمات المرافعة العام – وهم من الغير – إذا وجـــدوا مخالفـــة لقائمة الشروط الملحقة بالعقد فإنهم يـــستطيعون أن يطلبـــوا مـــن الإدارة التـــدخل لمعالجة الأمر ، فإذا امتنعت كان لهم أن يطعنوا فى القرار السلبى بالإلغاء إلا أننـــا نرى أن فى حرمان الغير من الالتجاء إلى دعوى الإلغاء بصدد المنازعات المتعلقة بتنفيذ أو إنهاء العقد الإدارى ينطوى على نوع من إنكار العدالة ، ولابد من صـــيانة حقوق الغير فى طرق باب قاضى الإلغاء بصدد هذه المنازعات ، ولن يتأتى ذلـــك إلا بتناول بحث هذا الموضوع من زاويتين أحدهما تحليلية ، والأخرى منطقية .

---

(٢) C.E..E Juill ١٩٧٩ – felix foure – Rec – P. ٤١٠
C.E A ٩. Mai – ١٩٧٩ – Association – unbanisme – judajgue stsaurin – Rec – p. ٢١٨ .

(٣) راجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٨/١١/١٩٥٦ الدعوى رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ ق مجموعة القضاء الإدارى لسنة ١١ ق ص ٢٣ ، وما بعدها .

(٤) C.Gellay these precitee- P. ٣٠٧ A-D.E. laubadere et Autres contrats op.cit – t.٢ P. ١٠٦٧ et ١٠٦٨.

فمن ناحية الزاوية التحليلية :

لماذا نستبعد أن تمتد أثار العقد إلى الغير ؟ فنعم قد تمتد إليهم هذه الآثـار سواء فى مرحلة تنفيذ العقد ، أو إنهائه فكيف يتسنى لهم الحفاظ علـى مـصالحهم طالما أنهم ليس فى استطاعتهم الوسيلة الكفيلة بذلك ومن هنا فقد تعين قبول دعـوى الإلغاء من الغير فى جميع الحالات التى تكـون فيهـا هـذه الـدعوى ضـرورية للمحافظة على مصالح هؤلاء الغير وحمايتها(١)

ومن الزاوية المنطقية :

إنه إذا كان قد قبل دعوى الإلغاء من جانب المتعاقدين ضد التدبير اللائحى الصادر بأنها طائفة من العقود معا فيجب أن يؤدى ذلك إلى قبول دعـوى الإلغـاء المرفوعة من الغير ضد نفس التدبير بشرط توافر المصلحة للغير وصـفة القـرار المنفصل لهذا التدبير فإذا كان هذا أمر مسلم به بالنسبة للمتعاقد فإنه يجب التسليم به من باب أولى للغير (٢) .

وبالفعل فقد توسع القضاء الإدارى الفرنسى والمصرى فى مفهـوم شـرط المصلحة فى قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير ، ونجد صدى لذلك فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى حيث قبل دعوى الإلغاء من جانب الغيـر ضـد قـرارات الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها سواء المتعلقة منها بتنفيذ العقد أو بإنهائه وتم هـذا المسلك القضائى على مراحل متتابعة حتى أقر مجلس الدولة لأول مرة فى حكمـه الصادر فى ١٩٦٤/٤/٢٤ بقبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير ضـد قـرارات الإدارة برفض فسخ العقد بل أن مجلس الدولة قد ذهب فى هذا الحكم إلى أبعد مـن ذلك حيث قرر فيه صراحة أنه " سوف يقبل من الغير من الآن فصاعدا أن يطعنوا أمام قاضى الإلغاء فى جميع قرارات الإدارة سواء المتعلقة بإبرام العقد أو المتعلقـة بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيته على أساس أن هذه القرارات تعتبر منفصلة

---

(١) Delaubader. E. et. Autres Contrats op cit. Tz. P. ١٠٦٢ M. fron – A.C.
LARI. Contrilution – ala resolution – de quelques – proedoxes – D.C.E. No ٩٩. ١٩٨٨ P٩٤

(٢) A.D.E. Laubadere . et autres – contrats op cit – T.٢ – P – ١٠٩٢

عن هذا العقد بالنسبة للغير [١] .

هذا الحكم يمثل تحولا فى أحكام القضاء الإدارى المستقر فى ذلك الوقت وفى مرحلة تالية قضى مجلس الدولة ضمنيا فى حكمه الصادر بتاريخ ١١ من يناير سنة ١٩٨٤ باعتبار قرار الإدارة برفض فسخ العقد قرارا منفصلا عن العقد يجوز للغير الطعن فيه استقلالا بمقتضى دعوى الإلغاء [٢].

ومن أهم التطبيقات التى نجسدها فى موضوع مدى حق الغير فى الالتجاء إلى قاضى الإلغاء نأتى بموضوع مدى أحقية الغير فى الالتجاء إلى دعوى الإلغاء ضد قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادى للعقد : اختلف الفقه والقضاء الفرنسى فى هذا الموضوع حيث ذهب الفقهاء " دى لوبادير ،ومودرن ، وديلفولفى " إلى بداية حل المسألة المعروضة بالاستفسار عما إذا كان قرار إبرام العقد يعتبر قرارا منفصلا عن هذا بالنسبة للغير الذى يمكنهم أن يطعنوا فيه بمقتضى دعوى الإلغاء فهل يعد قرار الإنهاء للعقد قرارا منفصلا قابلا للطعن فيه من الغير طبقا للشروط ؟

أجاب الفقهاء السابقين على هذا السؤال الأخير أنه لم يحل بعد صراحة فى أحكام القضاء ، وأضافوا بأن هناك قدر من التناقض والغرابة فى التسليم بإمكانية إلغاء تدبير إنهاء العقد بمقتضى دعوى الإلغاء المقامة من الغير فى حين أن المتعاقد نفسه لا يستطيع الحصول على ذلك الإلغاء لهذا التدبير إلا على سبيل الاستثناء من خلال دعوى القضاء الكامل .

والمنطق يقتضى الإجابة على السؤال السابق بالنفى إلا إذا أقر لقاضى العقد بسلطة عامة للإلغاء حيث أن إلغاء العقد يتعلق فى المقام الأول بالمتعاقد طالما أن الغير لا يقبل منهم أن يطعنوا لانعدام المصلحة المباشرة من التدبير الفردى المخالفة لمصلحة مرؤوس ما [٣] فإنه يجب إلا يقبل منهم بسبب انعدام

---

(١) C.E ٢٤ Avril ١٩٦٤ Ate . enonyme de livrasions industrielles Rec. ٢٣٩ .

(٢) H. charles les contrats administratifs dansles procedures collectives. D. ١٩٧٧. P. ١٧٩ C.E ١١ – Jon- ١٩٨٤ foyard – Rec-p.٤

(٣) C.E. ٢-٩- ١٩٠٦ syndicale des patrons coiffeur de limoses. Rec – P.٩٧٧ conclusions de. M-Romiou

المصلحة المباشرة أن يقيموا دعوى الإلغاء ضد قرار إنهاء العقد [1] .

إلا أن مجلس الدولة الفرنسى لم يلتزم بوجهة النظر السابقة للفقهاء السابقين وأقر فى أحد أحكامه الشهيرة الصادرة فى ٢ فبراير سنة ١٩٨٧ على خلاف ما طالب مفوض الدولة Fornacclari فى تقريره حول هذا الحكم بعدم قبول دعوى الإلغاء المقامة من الغير [2] .

قد طالب مفوض الحكومة بعدم قبول دعوى الإلغاء المقامة من الشركات الأجنبية عن العقد المبرم بين الدولة والشركة صاحبة الالتزام ضد قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادى لعقد الالتزام لدواعى المصلحة العامة على أساس أن هذه الشركات ليست أطرافا فى عقد الالتزام ، وأن قرار إنهاء العقد ليس قرارا منفصلا عن العقد بالنسبة إليهم ، كما أنه من الغريب والشاذ أن يستطيع الغير أن يحصلوا من قاضى الإلغاء على حكم الإلغاء وهو ما لا يمكن للمتعاقد أن يحصل عليه من قاضى العقد بالإضافة أنه ليس من المنطقى أن يطلب شخص من الغير تجديد العقد أو إحيائه وهذا أمر ضد إرادة المتعاقد بل ضد إرادة رغبة الإدارة أيضا .

إذا كان هذا هو الأمر بالنسبة للقرار الصادر من الإدارة بالإنهاء الانفرادى للعقد حسب رغبة الإدارة فماذا عن حالة صدور قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادى لعقد الالتزام لدواعى المصلحة العامة .

قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادى لعقد الالتزام يعد قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة للغير إذا كان هذا القرار صادرا بناء على القوانين واللوائح .

وبناء على ذلك قرر مجلس الدولة الفرنسى فى الحكم سالف الذكر أنه " إذا كانت الشركة المدعية ليست طرفا فى عقد الالتزام المبرم بين الدولة وشركة (Ste. T.VG) ولا يمكنهم أن يطلبوا من قاضى العقد أن يفصل بخصوص مدى مشروعية إنهاء هذا العقد فإنه على العكس من ذلك فإن قرار إنهاء العقد مضمون المرسوم المطعون فيه يعتبر قراراً منفصلا عن العلاقات التعاقدية ويمكن أن يكون

(١) A- D.E – laubadere. Et autres contrats- op cit – T.٢ – P- ١٩٦٧ – Et ١٩٦٨

(٢) M- fornacclari – contribution precitee. S.R. F-D. A – ١٩٨٧ PP- ٣٣.ets

محلا للطعن بواسطة الغير أمام قاضى الإلغاء.(1)

ودوام مجلس الدولة الفرنسى على قضائه السابق فى حكـــم ١٩٨٨/٤/٢٢ حيث قبل دعوى الإلغاء من الغير ، وهى شركات كانت تربطها عقود خاصة مـــع الشركة الملتزمة التى أنهى عقدها أمام قاضى الإلغاء ضد قرارا الإدارة الانفــرادى لعقد الالتزام (2) .

ونجد أن أساس حكم المجلس بقبول دعوى الإلغاء من الغيـــر فـــى هـــذه الدعوى مرجعه إلى أن قرار الإدارى بإنهاء العقد يعتبـــر بالنـــسبة للغيـــر قـــراراً منفصلاً عن هذا العقد ويجوز لهذا الغير بالتالى أن يطعن فيه بالإلغاء (3) .

وقد اختلف موقفه الفقه الفرنسى الحديث فى تحديد نطاق ســـريان الحكـــم السابق لمجلس الدولة من حيث الاعتراف للغير بالحق فى رفع دعوى الإلغاء أمـــام قاضى الإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد .

ذهب الفقيه (Terneyre) إلا أنه بالنظر إلى الـــصيغة العامـــة لحكـــم ٢ فبراير سنة ١٩٨٧ فإن المبدأ الذى قرره مجلس الدولة يسرى على كـــل طوائـــف العقود الإدارية ، وليس فقط على عقد التـــزام المرفـــق العـــام موضـــوع الحكـــم السابق(4).

أما مفوض الحكومة (Fornacciari) ذهب عكس الرأى السابق (بـــالقول بأن مبدأ قبول دعوى الإلغاء المقامة من الغير ضـــد قـــرار الإدارة بإنهـــاء العقـــد يقتصر سريانه على عقد الالتزام وحده دون العقود الإدارية الأخـــرى ، وأن هـــذا المبدأ يظل مقصودا على العقود التى تتطلب إدارة مرفق عام . (5)

كما ذهب مفوض الحكومة (DAEL) إلى أن المبدأ السابق يقتصر علـــى

---

(1) C.E. Z Fev ١٩٨٧ – Ste Tv G et autres. Rec. p. ٢٩

(2) C.E/ ٢٢ Avril ١٩٨٨ Ste France ٥ – rec. P. ١٥٧.

(3) Ph- Terneyre. Article. Precite. E.D – C.E. – ١٩٨٨ – P. ٨٨

(4) M- Fornacciari – Article – Precite – E.D.C.E. ١٩٨٨ – P.٨٨.

(5) M-Fornacciari – Article – Precite – E.D.C.E. ١٩٨٨ – P.٩٤.

العقود التى يملك قاضى العقد سلطة إلغاء قرار إنهائها فمن المستحيل أن يملك قاضى الإلغاء سلطة أكبر من سلطة قاضى العقد أن يلغى قرار إنهائه [١]

وذهب مفوض الحكومة Fornacciari فى تبريره لمسلك مجلس الدولة فى قبول دعوى الإلغاء من جانب الغير ضد قرار الإدارة بإنهاء عقد الالتزام إلى أن مجلس الدولة كان سريع التأثير بطبيعة عقد الإلتزام من أجل السماح للغير وبصفة خاصة مستخدمى المرفق العام محل عقد الالتزام بالطعن أمام القاضى فى مشروعية قرار إنهاء العقد [٢] .

موقف الفقه الفرنسى من فكرة قبول دعوى الإلغاء من جانب الغير :

ذهب الفقيه (Rouault) إلى تأييد رأى الفقهاء (دى لوباذير) ومودرن ، وديلفولفى، بعدم قبول دعوى الإلغاء من جانب الغير ضد قرار الإدارة بإنهاء الالتزام ، واعتبر أن هذا المبدأ خطيرا لأن هذه الدعوى يمكن أن تمارس بدون موافقة الملتزم بل ضد إرادته ورغبته ، كما أن الإنهاء بصفة عامة يعتبر إجراء خطيرا يحدث بالتراضى بين طرفى العقد فكيف نجبر أطراف العقد على متابعة العلاقات التعاقدية التى اصبحوا غير راغبين فى استمرارها ، وكيف نجبرهم على تشغيل مرفق عام طبقا لطرق أصبحت غير ذات فائدة أو مهجورة أو مكلفة جدا[٣].

أما الفقيه (TERNÈYRE) استعان فى مجال التأكيد على الرأى السابق بتطبيق مبدأ الأثر النسبى للعقود ، والذى يصبح بموجبه العقد عاماً مغلقاً على أطرافه ، ولا يجوز أن نمكن الغير من التدخل عن طريق دعوى مباشرة فى العلاقات التعاقدية بالإضافة إلى أن قبول دعوى الإلغاء من الغير ضد قرار إنهاء

---

(١) DAEl conclusion sur C.E ٩ Jan ١٩٨٨. Ministre charse duplan R.F – DA ١٩٨٨ P. ٣٥

(٢) M-Fornacciari – Article – Precite – E.D.C.E. ١٩٨٨ – P.٥٤.

(٣) M. CHREUAUL. Note precit lequotidien juridigue No. ٣٦ – ٢٦ Mars ١٩٨٨ P ٩

وأنظر كذلك للدكتور / محمد صلاح عبد البديع – المرجع السابق صــ ٥٦٤ وكذلك

E. Rosen Feld – Obrervations . sous.

العقد يسمح للغير بالحلول محل أطراف العقد بدون موافقتهم مما يؤدى إلى مواصلة العلاقات التعاقدية ضد رغبة وارادة أطراف العقد . وأنه فى حالة إلغاء قرار إنهاء العقد بناء على دعوى الإلغاء المقامة من الغير من الجائز الارتياب والشك فى فاعلية الطريق القانونى (دعوى الإلغاء) المتروك لمبادرة شخص من الغير على خلاف المتعاقد وهذا فى حالة اتفاق طرفى العقد على التخلى عن العقد .

وليس هناك تناقض ما فى التسليم بإمكانية إلغاء تدبير متعلق بتنفيذ العقد بناء على دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير فى حين أن المتعاقد نفسه لا يستطيع أن يحصل على إلغاء تدبير إنهاء العقد أمام قاضى العقد إلا استثناء [١]

أضاف الفقيه (Rosenflld) بعض الحجج والبراهين السابقة على ما ساقه بعض الفقهاء السابقين حول موضوع مدى حق الغير فى الطاعن بالإلغاء بقوله " أنه من المزعج أن يكون الغير إخضاع حماية من المتعاقد بحيث لا يستطيع هذا الأخير أن يطالب بالإلغاء الذى يكون الأول (الغير) قادرا على الحصول عليه عن طريق دعوى الإلغاء [٢].

وذهب مفوض الحكومة "Forracciari" إلى نفس ما أعلنه الفقه الفرنسى مقررا " من الغريب والشاذ أن الغير يمكنهم الحصول من قاضى الإلغاء على الإلغاء ، وما لا يمكن للمتعاقد الحصول عليه من قاضى العقد كما يبدو صعبا جدا التسليم بأن القاضى يستطيع بناء على طلب الغير أن يلغى قرار إنهاء العقد أى إحياء العقد من جديد ، وهو ما يكون ليس فقط ضد إرادة الإدارة المتعاقدة أحيانا ، كما أن إتاحة طريق مستقل الطعن أمام الغير يبدو غير مناسب أو غير ذى جدوى لأنه ليس من المستحب إتاحة الفرصة للغير أن يتدخلوا فى المعاملات المتشابكة بين أطراف العقد لا سيما إذا كان أطراف العقد متفقين على التخلى على العقد وكيف يمكن ممارسة دعوى الإلغاء بدون شرط المدة حيث أن إنهاء العقد لا يكون

---

(١) P.HRER. Eyre Articleppecite E.D.C. ١٩٨٨ – P. ٩٩

(٢) E.Rosen feld observations sous. T.A.D. Amiens ٢٦ Juin. ١٩٨٤ – ١١- ١٢ – ٥٥١ .

محلا لأى نشر أو إعلان إلا استثناء لذا فإن الصعوبات العملية التى تواجــه تنفيــذ حكم الإلغاء تشكك فى فاعلية الطعن المتــروك لمبــادرة شــخص آخــر خــلاف المتعاقد[٣].

ذهب الفقيه (llorens) إلى التساؤل عن كيفية أن القاضى يقبل أن يلغــى تدابير تنفيذ أو إنهاء العقد عندما يطعن فيه بواسطة الغير فى نطاق دعوى الإلغــاء فى حين أن القاضى يرفض إلغاء هذه التدابير عندما تكون مرفوعة مــن أطــراف العقد مستنداً فى ذلك على مجال القضاء الكامل [١] .

ويرد هذا الفقيه على ما قد يثور من تساؤل حول المقصود بالــدعوى فــى الحالة الأولى بأنه قضاء موضوعى يستند على أوجه المشروعية فقط بخلاف الحال فى الدعوى فى المرحلة الثانية بالقول بأن أطراف العقد يمكــنهم أن يثيــروا علــى أوجه المشروعية ، ومن ناحية أخرى فإنه مهما كانت طبيعة أوجه الطعن المثــارة فإن اختلاف النتيجة يظل موجودا لأن التدابير يمكن أن تكون محــلا للإلغــاء فــى الفرض الأول ولا تكون محلا للإلغاء فى الفرض الثانى .

وهكذا كان موقف الفقه الفرنسى حول مدى أحقية الغير فى الالتجاء إلــى دعوى الإلغاء، وقد رأينا تركز وجهة نظرهم جميعا حول وجــود تنــاقض ظــاهر متمثل فى كيفية تمتع الغير بحق إلغاء قرار إنهاء العقد فى حين أن المتعاقد نفسه لا يقبل منه أقامته دعوى الإلغاء ضد قرار إنهاء العقد إلا استثناء ، وبالنــسبة لعقــود محدودة ، وإزاء هذا التناقض المتصور فى نظر بعض الفقهــاء الفرنــسيين علــى النحو سالف الذكر ذهب فريق من الفقه إلى القول أنه من الأفضل إغــلاق طريــق الطعن بالإلغاء أمام الغير ضد قرار إنهاء العقد [٢] .

كما ذهبت الغالبية العظمى من الفقهاء الفرنسيين إلى القول أنه من الأفضل

---

(٣) M-Fornacciari – Conclusions – Precities – R.F DA ١٩٨٧

(١) Fllorens, Note Precitee R.D.P ١٩٨٩ P ١١٨٣ M- Alibert et M.DE Bolsdeffre chronique Precitea j.D.A. ١٩٨٧ P.٣١٧

(٢) A. De Laubadire et autres – contrats – Op. Cit T.P ١٠١١ et P ١٠٦٧

لتجنب الالتواءات القانونية والقضائية التسليم صراحة فى جميع الأحـوال لقاضـى العقد بسلطة إلغاء القرار المطعون فيه [٣].

ورأينا فى هذا الموضوع :

إنه إذا كان موضوع مدى أحقية الغير فى طرق باب قضاء الإلغـاء فـى منازعات العقود الإدارية بصفة عامة ومدى أحقية الغير بـصفة خاصـة بـالطعن بالإلغاء فى القرار الصادر من جهة الإدارة بالإنهاء الانفرادى لعقد الالتـزام كـان موضوع حيرة وقلق من جانب الغالبية من الفقهاء الفرنسيين فذلك يرجع إلى أنهـم نظروا إلى هذا الموضوع من زاوية واحدة ألا وهى كيف يتسنى منح هـذا الحـق للغير فى حين أن هذا الحق. (الحق فى إلغاء قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادى للعقـد) محرم على المتعاقد نفسه ، وهذا يعتبر فى نظرنا قصور شاب مجال بحث هـذا الموضوع من جانب الفقهاء الفرنسيين ، ويكمن موطن هذا القصور فى أنـه كـان يجب بحث هذا الموضوع من كافة زواياه ، وأقصاه حالة انطواء القـرار الـصادر من جهة الإدارة بالإنهاء الانفرادى للعقد الإدارى على عدم المـشروعية أو حالـة مجانبته للصالح العام . أليس من حق المتعاقد والغير كذلك الالتجـاء إلـى قـضاء الإلغاء هذا القرار .

ومن هنا فنحن نرى حسما للخلاف السابق أنه لابد مـن الوقـوف حـول السبب الذى دفع جهة الإدارة إلى إصدار قرار إنهاء العقد الإدارى .

وهنا يلزم الرجوع إلى نصوص العقد للنظر ما إذا كانت بنـوده تـضمنت الأسباب التى تضمنها القراز الصادر بالإنهاء من عدمـه ، أمـا إن جهـة الإدارة استندت فى إصدار قرار الإنهاء إلى نصوص القوانين واللوائح . [١]

ولا شك أنه إذا كانت أسباب قرار الإنهاء ترجع إلى نـصوص العقـد أى تضمنتها بنوده فليس للغير الالتجاء إلى قضاء الإلغاء هذا القرار طبقا لمبدأ نـسبية أثار العقد .

---

(٣) Follorens Note Precitee. R.D. P ١٩٨٩ P ١٩٨٤

(١) ومن هذا الرأى C.Gallay. these precitee – P. ٢٦٧

أما إذا كانت أسباب إصدار قرار إنهاء العقد مستندة إلى القوانين واللـوائح وتحقيقا للصالح العام فإننا نؤيد حق الغير فى الالتجاء إلى قضاء الإلغاء .

وتطبيقا لذلك أقر مجلس الدولة المصرى بحق الغيـر فـى الطعـن فـى القرارات الإدارية التى تصدرها جهة الإدارة استنادا إلى سلطتها اللائحية فى عقـد الالتزام من ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٧٧/١٢/٣ الذى جـاء فيه " حيث أن المسلم به فقها وقضاءا أن شروط عقد التزام المرفق العـام ينقـسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة [١]

إلا أن غالبية الفقهاء من الفقه المصرى يرون أن الطبيعة المزدوجة لعقـد الالتزام هى التبرير الوحيد التى تجيز للغير حق الطعن بالإلغاء فى القرارات التـى تصدر بالمخالفة له [٢]

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر ١٩٧١/١٢/٣١ – قضية رقم ١١٠ لـسنة ١٢ ق مجموعة الكتب الفنى مبدأ رقم ٢٣ صـــ ٢٧ .

(١) راجع فى ذلك د/ الطماوى – العقود – المرجع الساق صـــ ١٩٨ .

المطلب الثاني

تطبيقات على أحقية الغير فى الالتجاء إلى الطعن بالإلغاء من خلال عقد التزام المرافق العامة

تمهيـــد وتقســـيم :

التزام المرفق العامة هو عقد إدارى تعهد بمقتضاه سلطة عامة إلـــى أحـــد أشخاص القانون الخاص فردا كان أو شركة بإدارة واستغلال مرفق عام اقتـــصادي تحت مسئوليته المالية وذلك فى مقابل رسم يتقاضاه من المنتفعين بالمرفق [١]

ويلاحظ أن عقد التزام المرافق العامة من سماته الأساسية أنه يترتب أثارا فى مواجهة الغير ، وفى هذا استثناء من قاعدة نسبية أثار العقود ، وعلة ذلك ترجع إلى أن الملتزم يدير مرفقا عاما يتولى إشباع حاجة عامة للجمهـــور مقابـــل رســـم يتقاضاه من المنتفعين [٢]

وكذلك يستعين الملتزم فى إدارة المرفق بعمال مستخدمين لـــصالحه ومـــن هنا نجد علاقتين بين الملتزم وبين المنتفعين وبينه وبين العمال ، وينظم كـــل هـــذا وثيقة التزام لم يكونوا أطرافا فيها .

ولكن ما هى الطبيعة القانونية لالتزام المرافق العامة .

اختلف الفقهاء فى تحديد طبيعة عقد التزام المرافق العامـــة علـــى النحـــو التالى : [٣] ذهب رأى إلى أن الالتزام عمل قانونى من جانب واحـــد وهـــو الإدارة

---

(١) يراجع فى ذلك د/ عبد الحميد حشيش – مجلة القانون العام ، وكذلك د. توفيق شحاتة
La concession de servise public Etude comparce de droit administra tif – francais et Egyptien
القاهرة ص ١٩٤١ – ص ١٩ وما بعدها ، ويراجع فى ذلك أيضا د. / الطماوى العقود الإدارية ص ٩٨ .

(٢) يراجع فى ذلك د./ محمد فؤاد مهنا " حقوق الأفراد أزاء المرافق العامة – مجلة مجلس الدولة عدد يناير سنة ١٩٥١ – ص ١٦٥ وما بعدها .

(٣) راجع فى ذلك د. ثروت بدوى محاضراته فى العقود الإدارية ص ١١٢ وما بعدها ، وكذلك د. توفيق شحاته : المرجع السابق ص ٥٢ وما بعدها وكذلك بيكنو ص ٤٨ ، وما بعدها .

Unilateral .Acte . وهذا الرأى متأثر بالفقه الألمانى الذى قال بهذه الطبيعة لعقد التزام المرافق العامة.

ولم يجد هذا الرأى صدى فى الفقه والقضاء سواء فى مصر أو فرنسا [1]

ذهب رأى آخر من الفقه فى تحديد طبيعة عقد التزام المرافق العامة بالقول " بأنه عقد لا يختلف على أى عقد إدارى آخر وما ترتبه قواعده بشأن تنظيم المرفق من آثار وحقوق للمستفيدين وعلاقة العاملين به يرجع إلى مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير " . إلا أن هذا الرأى لم يصلح لتبرير حقوق المستفيدين وطالبى الانتفاع وكذلك العاملين فى جميع الأحوال [2]. ذهب الرأى الغالب فى بيان طبيعة التزام المرافق العامة بأنه عمل قانونى ذو طبيعة مركبة فهو يحتوى على نوعين من النصوص :

أ- نصوص لائحية :

وهى تتعلق بتنظيم المرفق وقواعد تسييره وعلاقته بالجمهور وبالعاملين به فهى بمثابة قانون للمرفق .

ب- نصوص تعاقدية :

وهى تتعلق بالحقوق والالتزامات ما بين الملتزم والسلطة مانحة الالتزام فهى تقتصر على الطرفين سالف الذكر ويحاج بها إزاء الغير .

وبرغم إلى ما وجه إلى هذا الرأى من انتقادات إلا أن أحكام مجلس الدولة المصرى منذ نشأته تردد هذا الاتجاه الفقهى السابق ، ومن أحكام المجلس فى هذا الشأن الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٥٧/١/٢٧ القضيتين رقمى ٤٨٥ ، ١٢٦٧ لسنة ٧ ق " إن عقد الالتزام ينشئ فى أهم شقية مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام

(١) براجع فى ذلك د./ ثروت بدوى المرجع السابق الصفحتين ١١٤ ، ١١٥ .

(٢) براجع فى ذلك للفقيه / دى لوبادير – عقود جزء (١) ص ٢٧٢ ، وما بعدها وكذلك د. / توفيق شحاتة – المرجع السابق ص ١٣.

المرفق واستغلاله ، وهذا المركز اللائحى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها . أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تسمى الالتزام .[1]

وينتج عن الأخذ بمعيار الطبيعة المزدوجة لعقد الالتزام أثار على صعيد القرارات القابلة للانفصال عن العقد فإن عقد الالتزام يتميز عن غيره من العقود الأخرى بوجود قضاء مزدوج للالتزام هو قضاء شرعية العمل اللائحى ، وقضاء العقد .

وعبر مفوض الدولة "Blum" عن تميز عقد الالتزام من حيث الطعون القضائية بقوله " يوجد قضاء مزدوج للالتزام : قضاء شرعية العمل اللائحى ، وصورته العادية الطعن لتجاوز السلطة ، وقضاء العقد الذى يتضمن بالضرورة فحص الانعكاسات التى يمكن أن يؤثر بها العمل اللائحى على اقتصاديات العقد ، يتوافق القضاء المزدوج مع الطبيعة المزدوجة للالتزام .

تقسيم :

يتبين مما تقدم أن عقد التزام المرافق العامة يحدث أثار ممتدة الاتساع فهى لا تقتصر على أطراف العقد مثل باقية العقود الإدارية الأخرى بل تمتد إلى الغير [2] .

وبناء على ذلك سوف نتناول طعون المستفيدين من امتياز المرافق العامة على النحو الآتى :

فى الفرع الأول : المنتفعين من عقد التزام المرفق العام .

وفى الفرع الثانى : طعون غير المنتفعين بعقد الالتزام .

---

(١) يراجع فى ذلك مجموعة القضاء الإدارى ١ لسنة ١١ ق ص ١٦٠. وما بعدها جلسة . ١٩٦٢/٢/٣١ قضية رقم ١٣٧ لسنة ١١ ق مجموعة السنوات الخمس ص ١٨٠ .

(٢) يراجع فى ذلك للفقيه : بيكنو – رسالته السابقة ص ٥٨٤ الموسوعة الإدارية مقدمة ٥٠٥ فقرة رقم ٥ .

الفرع الأول

نوعا المنتفعين من عقد التزام المرفق العام

قدمنا فيما سبق أن عقد الالتزام يمتاز عن باقية العقود الإداريـــة الأخـــرى بوجود منتفعين بأداء خدماته إليهم بصفة منتظمة وفقا للقانون ، ومـــا تـــنص عليـــه وثيقة الالتزام (عقد الالتزام) ، والمستفيدون فى حالة عقود الامتياز يستمدون مـــن تلك العقود حقوقا مباشرة يستطيعون ممارستها لا فى مواجهة الملتزم فحسب بل فى مواجهة الإدارة وينقسم المنتفعين إلى نوعين .

النوع الأول : طالبو الانتفاع (Candidats Usagers)

وهو الذين يطلبون الانتفاع بخدمات المرفق ولم يرتبطوا مع الملتزم بـــأى رابطة قانونية.

والنوع الثانى : منتفعون فعليون Usagers effects

وهم الذين يقوم بينهم وبين الملتزم عقد اشتراك ويقول وضع المنتفعين علـــى حقيقتين أساسيتين هما :

الأولى : أن نصوص كراسات الشروط وكافة النصوص المتصلة بـــأداء المرفـــق لخدمات ذات طبيعة لائحية فى مواجهة المنتفعين سالفى الذكر (طالبوا الانتفـــاع – والمنتفعون بالفعل) .

الثانية : إن الروابط التى تنشأ بين الملتزم والمنتفع أو بينه ، وبين طالب الانتفـــاع مآلا هى رابطة قانون خاص فهى غالباً ما ينتج عنها عقد اشتراك وهو من العقـــود الخاصة .

وهكذا نتناول فى الصفحات التالية مدى أحقية المنتفعين فى مقاضاة مـــانح الالتزام وهى جهة الإدارة ، وكذلك فى مقاضاة الملتزم نفسه بـــإدارة المرفـــق ثـــم نبحث أساس هذه المقاضاة ثم تعرض لطعون اللامنتفعين من عقد التـــزام المرفـــق العام .

أولا : مدى حق المنتفعين فى مقاضاة الإدارة والملتزم

تتشعب الدعاوى الممنوحة لجمهور المنتفعين بخدمة المرفق العامة سـواء أمام قاضى تجاوز السلطة أو قاضى العقد أو القضاء العادى وسواء فـى مواجهـة الإدارة مانحة الالتزام . ومن هنا تنقسم طعون المنتفعين إلى زاويتين :

الطعون الممنوحة للمنتفعين فى مواجهة الإدارة مانحة الالتزام وتتجسد فى الآتى:

أولا : حالة صدور قرار من الإدارة يبين للمنتفع أنه منطوي علي مخالفة للشروط اللائحية الواردة فى وثيقة الالتزامُ أو لأى قاعدة قانونية عامـة يجـوز لـه الطعن عليه بالإلغاء إذا مس حقوقه وقد وضع حكم Storch أسـاس هـذه القاعدة ، وكان الطعن فى هذا الحكم موجهاً من السيد S بصفته رئيسا لنقابة التجار والملاك المقيمين فى أحد الشوارع ضد قرار مدير لمقـاطع الـسين بتخويل الملتزم حق استبدال عربات الترام التى تسير تحت الأرض بعربات أخرى هوائية وكان مبنى الطعن هو مخالفة القرار لكراسة الشروط الخاصة بالالتزام ، وطبقت نفس القاعدة على القرارات المتعلقة بتجديد التعريفة عنـد مخالفتها لكراسة الشروط. (١)

ثانيا : الفرض الثاني الذي يبيح للمنتفع حق الالتجاء إلي قضاء الإلغاء للطعن ضـد القرارات المتعلقة بالتنفيذ استقلالاً علي عقد الالتزام هي حالة مخالفة الملتزم في علاقته بالمنتفعين الشروط المدرجة بوثيقة الالتزام فيلجأ المنتفعون إلـي الإدارة مانحة الالتزام طالبين منها التدخل لإجبار الملتـزم علـي الامتثـال لشروط التزامه فإذا امتنعت عن التدخل فإنها تكون قد أصدرت قراراً سـلبياً بالرفض وقد أباح القضاء الطعن في هذا القرار منذ سنة ١٩٠٦ وتتحـصل وقائعه في أن الشركة صاحبة الالتزام بالنقل في بلدية بودرة قد عدلت خـط سير الترام ، وقد كون الأهالي المنتفعون بالمرفق نقابة للدفاع عن مصالحهم بناء علي مشورة العميد " ديجي " ، وطالبو مدير الإقلـيم بالتـدخل لإجبـار

---

(١) يراجع فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فـى ١٩٠٥/٢/٣ Storch ص ١١٦ ، ونفس المعنى فى الحكم الصادر فى ١٩٠٢/٣/٦ فى قضية Araison ص ١٦٩ .

الشركة علي إعادة خط سير الترام علي ما كان عليه إذا رأو في التعديل مخالفة لوثيقة الالتزام ، وإزاء رفض المدير طعنوا في هذا القرار السلبي أمام قاضي الإلغاء ، وقد أصبحت القاعدة مستقرة منذ ذلك الحين (١)

ويلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي قد خرج علي المبادئ التي استقر عليها في العقود الأخري من زاوية هامة واعتبر أن مخالفة القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ للنصوص اللائحية تعد مخالفة للشرعية .

ولخشية أن يتعدي قاضي الإلغاء علي ميدان ولاية قاضي العقد لأن فحص شرعية القرار تتطلب تفسير نصوص الشروط اللائحية الواردة في وثيقة الالتزام لتحديد حقوق المنتفعين ومضمونها – فرق القضاء الإداري الفرنسي بين فرضين :

الفرض الأول :

أن تكون مخالفة كراسة الشروط واضحة أي أن يكون الاعتداء علي حق المنتفع المستمد من نصوص العقد ظاهرة فيكون لقاضي الإلغاء في هذه الحالة أن يفسر وثيقة الالتزام وهذا ما يعرف بنظرية المجاوزة الصارخة للسلطة (٢)

Le theorie de l. exces de pouvoir Flogrant.

الفرض الثاني :

إذا احتاج الأمر إلي تفسير كراسة الشروط لوجود مخالفة غير واضحة فإن قاضي الإلغاء كان يرفض الدعوى ، ويغلب إحالة الدعوى إلي قاضي العقد للتفسير ، أما الآن فإن المجلس يميل إلي تفسير النص بنفسه تمهيداً للفصل في طلب الإلغاء. (١)

---

(١) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٢٤/٤/٢٤ في قضية Comp Air France ص ١٣٤ المجموعة ويراجع كذلك الحكم الصادر في ١٩٦٣/١٢/١١ في قضية Syndicat de Defense envie du ret ablisse ment de la. Voie . Ferree – Dor't – Eygurande .

(٢) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٠/٣/١٠ في قضية Schmeed ص ٣٠.

(١) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٥/١١/٢٧ في قضية Baudin ص ١١٠٥ –د/ توفيق شحاته المرجع السابق ص ٢٢٨ .

ومن أمثلة ذلك ما حكم به القضاء أن السيد (Baudin) لم يقدم قرارا من القضاء بتفسير نصوص كراسة الشروط مثل النزاع بالمعني الذي يبـــرر إدعاءاتـــه فإن العمدة لا يكون قد ارتكب مجاوزة للـــسلطة بـــرفض التـــدخل قبـــل الـــشركة الملتزمة[٢] .

تعرض هذا القضاءُ للانتقاد الشديد من ناحية أن اعتباز نـــصوص كراســـة الشروط ذات طبية لائحية يتيح لقاضي الإلغاء أن يتعرض لها سواء كانت المخالفة واضحة أو غير واضحة ، وسواء كانت المخالفة صـــارخة أو عاديـــة لأن بيـــان جسامة المخالفة مسألة نسبيةً تختلف المحاكم في بيانها .

وإذا كان القضاء يعتبر أن تفسير كراسة الشروط مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في الدعوى فكان بالأحري به اتباع فكرة المسائل الأولية بدلاً مـــن رفـــض الدعوى ، وفي الأحكام الصادرة من مجلس الدولة بتاريخ ١٩٣٦/١٢/٤ Roche) (De tieeoy [٣] عدل المجلس عن مسلكه السابق ، وأعطي لنفسه حـــق تفـــسير كراسات الشروط في جميع الأحوال لقاضي الإلغاء .

وللمستفيد أيضا أن يلجأ إلي قاضي العقد لإجبار الإدارة علي تمكينـــه مـــن الاستفادة من العقد الإداري وفقا لنصوص هذا العقد وذلك ما قـــرره مجلـــس الدولـــة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٥٦/١٠/٢٩ في قضية "Gey " (فقد تقدم هـــذا المواطن الفرنسي للبلدية بطلب تمكينه من الحصول علـــي الكهربـــاء مـــن الـــشركة الملتزمة بالإضاءة ، ولما لم يجب إلي طلبه لجأ إلي القضاء الإداري للحصول علـــي حكم بذلك بأحقيته في اقتضاء تلك الخدمة فقرر المجلس في حكمه السابق : لـــم يعـــد للقول السابق أي مجال بعد ان أصبحت المحاكم الإدارية في فرنسا هي قاضيه الإلغاء ، وقاضي العقد في نفس الوقت ، وهذا هو الوضع في مصر بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري .

---

(٢) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٦/١٢/٤ في قضية Roche de Tiolloy مجموعة دالوز ص ١٩٣٧ القسم الثالث ص ٥ مع تعليق Heillieronner

(٣) يراجع في ذلك مجموعة دالوز سنة ١٩٢٧ قسم ٢ ص ٥ ، وما بعـــدها بكينـــو – المرجـــع السابق ص ٥٦٥

ومن الجدير بالذكر أن لحكم الإلغاء حجية الشئ المقضي بـه أمـام كافـة المحاكم المدنية ، وذلك إذا ثار النزاع بين الملتزم وبين صاحب عقد الاشـتراك [١] وذلك في حالة إذا فرض تعريفه أكثر مما هو مقدر في كراسة الشروط [٢] .

وحكم الإلغاء يجبر الإدارة علي التدخل وتصحيح الوضع بأثر رجعي إذا أخل الملتزم باحترام النصوص اللائحية .

خلاصة ما تقدم :

للمنتفع من امتياز المرافق العامة مقاضاه جهة الإدارة مانحة الألتزام حالـة صدور قرار منها للملتزم يمس من حق انتفاعه من خدمات المرفـق وذلـك أمـام قاضي الإلغاء ، كما للمنتفع الالتجاء إلي قضاء الإلغاء للطعن استقلالا عـن عقـد الالتزام حالة صدور قرار من الملتزم ينطوى علي مخالفة الملتـزم فـي علاقتـه بالمنتفع طبقا للشروط المدرجة بوثيقة الالتزام ، وذلك حالة طلبه من الإدارة مانحـة الالتزام التدخل لإجبار الملتزم علي الالتزام بالشروط اللائحية إلا أنها تتكـل عـن تلبية طلب المنتفع في ذلك صراحة أو ضمنا، وللمستفيد كذلك حق الالتجـاء إلـي قاضي العقد رغم أنه ليس من أطراف العقد لإجبـار الإدارة علـي تمكينـه مـن الاستفادة من عقد التزام المرفق العام .

ب- طعون المنتفعين في مواجهة الملتزم ذاته :

للمنتفعين في مواجهة الملتزم دعوة ثنائية : أمام القضاء العادي وأمام القضاء الإداري. ويطلق اصطلاح المنتفعون بالمرفق العام المدار بأسلوب الالتزام علي كـل من (طالبي الانتفاع والمنتفعين بالفعل ، فلكل من نوعي المنتفعين سالفي الذكر الالتجاء إلي قاضي الإلغاء إذا ما خالف الملتزم نصوص أساس الشروط التنظيمية فـي عقـد الالتزام ، والحكم الشهير في ذلك الحكم الصادر من مجلس الدولـة الفرنـسي فـي

(١) Effets du recours pour exces de pouvoir Poussiere = juis – closseur adminstraf.

(٢) يراجع في ذلك الحكم الصادر في ١٩٦٠/٧/٧ محكمة باريس – بوسيير المرجع السابق فقرة ٣٧ .

٢١/١٢/١٩٠٦ في قضية Croix de seguey ففي هذه القضية سمح مجلس الدولة الفرنسي لطالب الانتفاع بالطعن علي قرار المحافظة برفض التـدخل لـدي الملتـزم لإجباره علي احترام اشتراطات العقد التنظيمية بأسلوب تجاوز السلطة [١] وللمنتفعين مقاضاه الملتزم أمام القضاء العادي إذا تعلقت المنازعة بتنفيذ عقود الاشتراك وهـي حسب أحكام القضاء المستقرة فقها وقضاء عقود مدنية [٢]

ثـانيـا : أساس حق المستفيد في مقاضاه الإدارة والملتزم

حول أساس حق المستفيد في مقاضاه الملتزم رغم أنه ليس مـن أطـراف العقد اختلفت وجهة نظر الفقهاء حول [١] بيان هذا الأساس وتشعبت الآراء الفقهيـة علي النحو التالي :

١- فريق من الفقه يري أن أساس حق المستفيد في مقاضاه الملتزم يرجع إلـي أن العقد الذي يربط الملتزم والمستفيد أمام المحاكم القضائية لكون هذا العقد مـن عقود القانون الخاص .

٢- إتجاه آخر يري أن أساس حق المستفيد في مقاضاة الملتزم يرجـع إلـي عقـد الالتزام ذاته ، وذلك وفقا لحكـم مجلـس الدولـة الفرنـسي الـصادر فـي ٥/١١/١٩٣٧ في قضية Union Hydro de l, Quest Constantiois .

حيث ورد في هذه القضية أن للمنتفع أن يلجأ إلي القاضي المدني للحصول علي حكم في مواجهة الملتزم بأحقيته في الحصول علي الخدمة التي يقوم المرفـق بأدائها [٢].

---

(١) C.E.٢١/De . ١٩٠٦ Sundicat de propriet aires du. quartier – Creix de segueys . ١٩٠٧, ٣٣ concl Romieu note hauriou.

(٢) Jere (G) op.cit – t – p. ٣٦٥ . et Gonidec – op at – p ٧٦ et De laubadere – op- at III p. ٣٥٣

(١) يراجع في تفصيل هذه الآراء الفقهية لمرجع د. سليمان الطماوى العقود الإدارية – الطبعة الخامسة سنة ١٩٩١ ص ٧٤٧

(٢) راجع في في هذه الحكم في مجموعة سيري س ١٩٣٨ القسم الثالث سنة ٦٥ مع تعليق لأروك .

أما بالنسبة لأساس مقاضاة المستفيد للسلطة مانحة الالتزام فأرجع بعض الفقهاء هذا الأساس إلي (نظرية الاشتراط لمصلحة الغير) ويدعم الفقيه " جونيدك" الذي قال بالأساس سالف الذكر في مقاضاه المستفيد للملتزم علي صحة أقواله بأن الأساس القانوني الذي استند عليه مجلس الدولة الفرنسي في قضاءه الذي أصدره في قضية (Gay) هو نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

وقد أيد الفقيه المذكور قضاء مجلس الدولة السابق بقوله " أن الدعوى أمام قاضي العقد لا تشكل عقبة امام الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ، فقد أصبح هذا القضاء منطقيا إذ أن المنازعة في مثل هذه الحالة تدور حول العقد ذاته مما تخرج من نطاق قاضي العقد " (١)

أما البعض الآخر من الفقهاء نقدوا القضاء السابق بالقول أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير غير قابلة للتطبيق في عقود الالتزام ولا تتوافر شروط تطبيقها في عقود الالتزام لأن المستفيد يرفع دعواه ضد الملتزم وليس ضد المشترط (٢)

رأينا في هذه النقطة :

وإن كان للرأي الذي أخذ بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير كأساس لحق المستفيد في مقاضاه السلطة مانحة الالتزام وجاهته حيث تنطبق كافة شروط هذه النظرية في عقود الالتزام ، ألا أننا نحبذ الاستناد إلي الأخذ بالشروط اللائحة المنصوص عليها في عقد الالتزام كأساس لمقاضاه المستفيد للسلطة مانحة الالتزام بأعتبار أن جهة الإدارة (السلطة مانحة الالتزام والملتزم اتفاقا علي إعداد هذه الشروط لتنفيذها قبل المنتفع) .

---

(١) راجع في ذلك للفقيه / جونيدك : المقالة السابقة ص ٧٨ .

(٢) راجع في انتقاد هذا الاتجاه للفقيه (فالين) موجز القانون الإداري جـ ٥صـ ٤٥٨ ، ٥٥٩ ، وراجع كذلك للفقيه (جيز) المرجع السابق جـ ٤ ص ٣٨١ ، وللفقيه دي لوبادير : عقود جـ ٣ صـ ٣٥٣ ٦٣١ Contentieux administratif

ثالثـــا : أساس التجاء المستفيدين من امتياز المرافق العامة إلي قضاء الإلغاء

حول أساس التجاء المنتفعين من عقد امتياز المرافق العامة إلـــي قـــضاء الإلغاء تذرع معظم الفقهاء في فرنسا وفي مصر بالطبيعة اللائحية لبعض الـــشروط الواردة في عقد الامتياز ، وتمسكوا علي صحة وجهة نظرهم السابقة بمثـــال علـــي الشروط الواردة بعقد التوريد فمعظم هذه الشروط ذات طبيعة لائحية إدارية ، ومـــن ثم فخروج الإدارة أو الملتزم عليها لا يتضمن مجرد إخلال بالتزام شخصي مرجعه إلي العقد بل إنه ينطوى علي مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة في العقد ممـــا يجعـــل القرار مشوباً بالبطلان فإذا ما خرج الملتزم علي القواعد الواردة بعقد امتيازه والتي تنظم كيفية اداء الخدمة للمنتفعين فإن لكـــل ذي مـــصلحة أن يـــرده إلـــي نطـــاق المشروعية بأن يطلب من الإدارة التدخل لإجبار الملتزم علي احترام شروط العقـــد ، فإذا رفضت الإدارة التدخل صراحة أو ضمنا حق للمستفيد أن يطعن فـــي هـــذا القرار أمام قاضي الإلغاء .

وذهب اتجاه آخر من الفقهاء في فرنسا إلي الاستعاضة عن فكرة الطبيعـــة اللائحية للشروط المنظمة للخدمة الواردة من عقود الإمتياز بالاستناد إلي (طبيعـــة العقد الإداري ذاته)[1]

لكن لا زال قضاء مجلس الدولة الفرنسي يستند إلـــي الطبيعـــة اللائحيـــة للشروط الواردة في عقد الإلتزام ، ويعترف للمنتفعين بهذا الحق (حق الطعن فـــي القرار الذي يخرج عن هذه الشروط من ذلك حكمه الصادر بتاريخ ١٩٦٣/١٢/١١ في قضية Syindicat de defense de lavoie ferré [1]

(١) من هؤلاء الفقهاء الفقيه " بينكو " الذي يقول في رسالته عن العقود الإدارية الآتي :
ces donne bien le Contrat administratif avec sa nature particubiere qui n'estne contracture partibubiere qu n'est ne contractue llenireg lementaire qui fonde les droits des tiers att aquer par la voue du recours pour exces de poivpor les actes diexecution prisen violation du contrat

(١) C.E ١١/١٢/١٩٣٦ Synde de defense de la voie ferree – r.p. ٦١٠ – A- J- D – A ١٩٦١ p- ٢٣٨ Note p la porte – j.c. p. ١٩٦١ – N ١٣٧٥ Note ١- Dufau.

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي الحديثة نسبيا في هذا [٢] الصدد حكمه الصادر بتاريخ ١٩٨١/٤/٣ في قضية Legrand وأيضا حكمه الصادر في قضية نقابة أطباء الصادر بتاريخ ١٩٨١/١٠/٩ [٣] La Haute loire

أخذ بعض الفقهاء المصريين بطبيعة العقد كأساس لالتجاء المنتفعين إلي قضاء الإلغاء من هؤلاء الفقهاء الأستاذ الدكتور / ثروت بدوي [٤] إلا أن هذا الفقيه تناول هذا الموضوع بزاوية أوسع من الزاوية التي أخذ بها بعض الفقهاء الفرنسيين علي النحو السالف بيانه وهي مقصورة علي قبول دعوى الإلغاء استنادا إلي مخالفة نص وارد في العقد أما سلطة الإدارة في تعديل الالتزام التعاقدية بإرادتها المنفردة فقد يمكن تبريرها علي أساس آخر .

ويؤكد الأستاذ الدكتور / سليمان الطماوى " أن الطبيعة اللائحية للشروط هي التبرير الوحيد الذي يمكن علي أساسه الوصول إلي تمكين أشخاص أجانب عن العقد الإداري من الاستناد إلي شروطه للوصول إلي الحكم بإلغاء قرار إداري في نطاق قضاء الإلغاء ، وأن العيوب التي تبرر إلغاء القرار الإداري محدودة علي سبيل الحصر وهي : عيب الشكل ، والاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح والانحراف بها .

وبالتالي فإن المشكلة لا تثار إلا بصدد عقود الامتياز التي تربط بين أطراف ثلاثة وهم الإدارة مانحة الالتزام والملتزم ثم المستفيدون ، أما في العقود الأخري فالعلاقة مقصورة علي الإدارة والمتعاقد معها وتفحص القرارات الصادرة من الإدارة والتي تكون ذات علاقة بالعقد في نطاق القضاء الكامل [١] .

ولكن أحكام مجلس الدولة المصري في هذا الصدد قاطعة ومن أوضحها

---

(٢) C. E ٣١/١/١٩٨١ Legrand – R.P.D.A.N ١٥٢

(٣) C.E sect ٩/١٠/١٩٨٢ . Synd. des Medecins de le Haute loire –A.j.d . ١٩٨٢ p. ٣٥٧ chren Taberghien et. D. Lassare et C.E sect ٨١/٣/١٩٧٧ chambre de commerce de la Rochelle. P, ١٥٣. Conc e.j.Massot.

(٤) يراجع في ذلك للدكتور / ثروت بدوي – في رسالته عن العقود الإدارية ص ٤٨

(١) يراجع في ذلك أ:د / سليمان الطماوى – العقود الإدارية ١٩٨٤ ص ١٥٨

الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في ٢٧ من يناير سنة ١٩٥٧ حيث تقول " إن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله وهذا المركز اللائحي الذي ينشئ الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعا له.(٢)

وكذلك حكم المجلس الصادر في ٣١ من يناير سنة ١٩٥٦ حيث يقول " أنه وإن كانت النصوص اللائحية في عقود الالتزام تبقي حافظة لقوتها الملزمة في حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانحة الالتزام .."

وكذلك الحكم الصادر في ١١ من مارس ١٩٥٦ حيث " يقول عقد الترخيص باستغلال مرفق من مرافق الدولة هو علي ما ذهب إليه الفقه الإداري من العقود ذات الطابع الخاص ، وما من شك ان الترخيص في هذه الحالة يتضمن شروطا لائحية وهي بهذه المثابة يدخل في نطاق العقود الإدارية " (٣)

كما أن المحكمة الإدارية العليا أخذت بذات الأساس السابق باستمرار في أحكامها ، ومن قضائها في هذا الصدد علي سبيل المثال حكمها الصادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠ حيث تؤكد "ومن حيث إن المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلي نوعين شروط لائحية وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك علي قبول الملتزم والمسلم به أن التعريفة وخطوط السير وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة "

---

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/١/٢٧ في القضية رقم ٤٨٥ ورقم ١٣١٧ لسنة ٧ ق.

(٣) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/٣/١١ السنة العاشرة صـ ٤٨٥

ونحن نري في هذا الموضوع

سبق لنا أن تناولنا شروط قبول دعوى الإلغاء ، وبصفة خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه أن يكون مشوبا بأحد عيــوب القــرار الإداري التــي تــصمه بعــدم المشروعية وهي الشكل ، والاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح أو الانحراف بها.

رابعـا : مدي حق المستفيد

في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء

للمنتفع عن طريق الامتيــاز usagers du service concede لــه أن يرفع دعوى من دعوتين حسب الفرضين الآتيين :

الفرض الأول :

أن يكون الفرد قد استوفي شروط الانتفاع بالخدمة ويريد اقتضاءها كمــن يريد الحصول علي اشتراك في المياه ، حينئذ يكون المستحق الانتفاع Condidat Usager أن يلجأ إلي قضاء الإلغاء إذا رفض الملتزم اشتراكه .

وحول ما إذا كان للمستفيد (للمنتفع) أن يلجأ إلي المحــاكم القــضائية لاقتــضاء الخدمة فحتي سنة ١٩٣٧ كان هناك رأيان فقد كانت المحاكم القضائية تقبل دعــوى المطالب بالانتفاع في هذه الحالات أما مجلس الدولة فقد ذهب إلي أن النــزاع فــي هذه الحالة يتعلق بالنظام العام ، وبمدي سير المرافق العامة ،ومن ثم يكون كل مــا يتعلق به من اختصاص المحاكم الإدارية ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عــن موقفه السابق في حكمه الصادر في ٥ من نــوفمبر ســنة ١٩٣٧ فــي قــضية (Vnionhydre –eletrique d'louest constutinois)

بأن اعتبر عقد الامتياز من عقود القانون الخاص واستحــسن أن يخــتص القضاء العادي بالنزاع ابتداء مادام مصير النزاع إليه مــآلا – ويراعــي القــضاء العادي المسائل الأولية موضوع النزاع وهي مــن اختــصاص القــضاء الإداري ،

ومنذ هذا الحكم استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص. [1]

أما مخالفة القرار المطعون فيه لشرط من شروط العقد لا يعد مخالفا للقوانين واللوائح بل مخالفاً للنصوص العقدية .

ومن هنا فالمجال الوحيد الذي يسمح فيه للمستفيد بحق الطعن بالإلغاء الذي يتوافر له مصلحة في الطعن يتحقق في عقود الامتياز تنحصر في مخالفة الملتزم للشروط اللائحية المتفق عليها بينه وبين مانح الالتزام لصالح الغير " المنتفع " أما بالنسبة للنصوص العقدية (الاشتراطات العقدية) والتي تمت بالاتفاق بين الملتزم ، ومانح الالتزام فلا يمكن للملتزم تعديلها بإرادته المنفردة عكس الشروط اللائحية ، وبالتالي تخضع كافة المنازعات التي تشوب بينهما لأختصاص القضاء الكامل . ويلاحظ أنه هناك بعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي امتد بنطاق الطعن بالإلغاء [1] بالنسبة للقرار المخالف لشروط عقد الالتزام إلي طائفة أخري هم العمال الذين يستعين بهم الملتزم في تسيير مرفقه لكون الإدارة كثيراً ما تتضمن عقود الامتياز شروطا تكفل لهم بعض المزايا المتعلقة بالأجور أو بظروف العمل ، وتمتد هذه الظاهرة إلي عقود أخري كعقد الأشغال العامة والعقود المشابه له. [2]

ويجري مجلس الدولة الفرنسي منذ مدة علي تخويل النقابات الممثلة للعمال Syndicate – du personnel حق طلب إلغاء القرارات الإدارية الصريحة أو الضمنية التي تصدر من الإدارة وتتضمن خروجاً علي تلك الشروط .

إلا أن ذلك مخول فقط بالنسبة للنقابات الممثلة للعمال ، وليس للعمال

---

(١) يراجع في ذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسي الحديثة في ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ في قضية Des villettes المجموعة ص ٥٠٨

(١) سحب مجلس الدولة الفرنسي المبدأ الذي قرره في حكم roix –segvey من حالة المنتفعين بالخدمات التي يلزم المتعاقد بتوريدها

(٢) يراجع في ذلك حكم المجلس الصادر في ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ في قضية Syndicat des employes des secteurs electriques de la seine مجموعة دالوز سنة ١٩٤٨ القسم الثالث ص ٤١

أنفسهم ، لأنهم يتمتعون بدعوى أمام قاضي العقد (قاضي القانون الخاص) وأساس هذا القضاء في فرنسا أن الشروط التي تضمنها الإدارة عقودها مع الغير في هذا الصدد من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير Stipulation pour autrui فهي تخول للعامل دعوى مباشرة ضد الملتزم او المقاول . Une action directe de obiliger

وهذه الدعوى تجعل دعوى الالغاء بالنسبة للعامل بصفته الفردية غير ذات موضوع ، وأما بالنسبة للنقابة فهي ذات شخصية معنوية وتمثل الجميع ، ولها مصلحة محققة في رفع دعوى الإلغاء حتي تصحح الوضع غير المشروع .

في فرنسا:

١- تنص المادة ٦٧٠ من القانون المدني علي أنه " إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكاراً قانونياً أو فعلياً وجب علي أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجور.

٢- ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى علي تخفيض الأجور أو الاعفاء منها علي أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك من توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ، ولكن المساواة تحرم علي الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منهما للآخرين .

٣- وكل تميز يمنح علي خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة يوجب علي الملتزم أن يعوض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب علي هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة

ويستفاد من نص المادة السابقة أن إلزام المتعهد بأداء الخدمة منصوص عليه في القانون المدني وهو الذي تطبقه المحاكم القضائية ، ومن ثم فإنه من الجائز للمستفيد أن يستند إلي المادة السابقة للمطالبة بالاستفادة من خدمات المرفق المدار عن طريق الامتياز علي أن يحال إلي محكمة القضاء الإداري كل ما يتعلق بعقد الامتياز ذاته – كتفسير شروطه أو تقدير مدي انطباقها علي حالة معينة إذا كان موضوع النزاع أمام المحكمة المدنية .

الفرض الثاني :

إذا كان بين المنتفع والملتزم عقد يحدد شروط الانتفـاع وأوضـاعه فمـن المسلم به أن هذا العقد من عقود القانون الخاص، وذلك بالنظر إلي طبيعة المرافـق التي تدار بطريقة الامتياز بذات الطريقة التي تـدار بهـا المرافـق الاقتـصادية ، فبالتالي فإن المحاكم القضائية هي التي تختص بالفصل في المنازعات التي يثيرهـا تطبيق تلك العقود في العمل [١] علي أنه لما كانت هذه العقود ذات ارتبـاط وثيـق بعقود الامتياز التي تحكم كل اتفاق يبرمه الملتزم مع عملاءه فإن كل نزاع يتوقـف حسمه علي مشكلة تتعلق مباشرة بعقد الامتياز يعتبر مسألة أولية يجب أن تحال إلي القضاء الإداري [١] .

أما في مصر بـ

فإن المبادئ السابقة التي عرضها في فرنسا تطبق في مـصر باعتبارهـا مشتقة من القواعد العامة ، ألا أن أحكام القضاء المصري لم يحـسمها حتـي الآن بأحكام مباشرة في هذا الموضوع ألا أنه يلاحظ أن مجلس الدولة المـصري ذهـب في حكم قديم له صدر في ١٩٤٩/٢/٣ إلي حل قريب مـن المبـادئ الـسابقة " إذ اعتبر أن المنازعات التي تقوم بين مصلحة التليفونات وبين المشتركين مـن قبيـل التصرفات المدنية التي تباشرها الحكومة باعتبارها شخصا معنويا ولا تختص بـه المحكمة [٢]

فإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للعقود التي تديرها الإدارة بنفسها باعتبـاره مرفقا تجاريا فإن ذات الحكم ، يسري كذلك إذا كان العقد بين الملتزم بإدارة المرفق العام وبين المنتفعين .

---

(١) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ فـي قـضية Des villette المجموعة ص ٥٨

(١) يراجع في ذلك محكمة التنازع الصادر في ٢٠ مارس ١٩٤٣ في قضية - المجموعـة ص Societe bethunoise ٣٢٢

(٢) يراجع في ذلك مجموعة أحكام مجلس الدولة السنة الثالثة ق ص ٣٠٢

وقد صاغت المحكمة الدستورية العليا حكمها الصادر في ١٩٧٤/٦/٢٩ حيث تقول (ومن حيث أن العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص ن إذا فضلا عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ، ومع الأسس التجارية التي تسير عليها فإنه يتعين لأعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه ......"

خلاصة ما تقدم

يتبين مما تقدم أن للمنتفعين من عقد امتياز المرافق العامة أن يتقدموا بالإلغاء ضد القرارات الإدارية التي يصدر الملتزم بإدارة المرفق العام علي أن يكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في هذا الطعن ، وهذا يعد استثناء من مبدأ نسبية أثار العقد بمعني أن أثار العقد تنحصر فيما بين المتعاقدين .

وقد وجدنا أن أساس إلتجاء المنتفع إلي قضاء الإلغاء يرجع إلي إخلال الملتزم بالشروط اللائحة التي يملك تعديلها بإرادته المنفردة عكس الشروط التعاقدية التي لا يملك تعديلها إلا بالاتفاق مع مانح الالتزام وهي جهة الإدارة ، وكما وجدنا هناك توسع من قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الالتجاء إلي قضاء الالغاء ضد المنازعات التي تنشأ نتيجة أخلال الملتزم بشروط عقد الالتزام بأن مد حق الطعن بالالغاء في هذا العقد إلي العمال الذين يعملون مع الملتزم داخل المرفق وكذلك إلي النقابات العمالية ،وهذا توسع نحبذه لما يتضمنه من حماية لمبدأ المشروعية وحفاظا علي مصالح الغير الذي قد يتضررون من قرارات صادرة من الملتزم بمناسبة عقد امتياز وتمس بمصالحهم ويلاحظ ان طبيعة اختصاص كل من القضاء العادي والقضاء الإداري بالمنازعات التي تنشأ عن عقد الامتياز تختلف بحسب ما إذا كان الطاعن فردا أو منتفع فإذا كان الطاعن فرداً ويرغب في الاستفادة من خدمات المرفق العام محل عقد الالتزام ألا إن الملتزم يرفض ذلك صراحة أو ضمنا فتخضع المنازعة في ذلك لقضاء الإلغاء أما إذا كان الطاعن صفته منتفع بالمرفق العام فإن المستقر عليه في كل من القضاء المصري والفرنسي خضوع منازعات عقد الامتياز للمحاكم القضائية أما ما يثار من منازعات في عقد الالتزام بشأن المسائل الأولية في العقد فيخضع لاختصاص القضاء الإداري.

الفرع الثاني

طعون غير (المنتفعين) بعقد الأمتياز

الغير هم الخارجون علي العقد المبرم بين الإدارة مانحة الالتزام والملتـزم وهم نوعان في عقود الالتزام

أ- منتفعون بالمرفق العام لم يطلبوا الانتفاع بخدمة الالتزام وهـم اللامنتفعـون بالمرافق العام

ب- منتفعون طالبو الانتفاع وهو الذي استوفي شروط الانتفاع بالخدمـة وهنـاك المنتفع الذي أبرم مع الملتزم عقد يحدد شروط الانتفاع .

ونظرا لما لعقد الالتزام من طبيعة لائحية فقد أجاز مجلس الدولة الفرنـسي لغير المنتفعين الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد القرارات الـصادرة مـن الإدارة بالمخالفة للشروط اللائحية التي يتضمنها العقد المبرم بـين الملتـزم والإدارة ففـي قضية Storch قبل الطعن المقدم من السيد المذكور بأسلوب تجاوز الـسلطة ضـد قرار المحافظة المتضمن ترخيصاً للملتزم بإنـشاء مبنـي عـام مخالفـاً كراسـة الاشتراطات علماً بان السيد / ستورش لم يكـن مـن المنتفعـين بـالمرفق العـام وتتلخص واقعات هذه الدعوى في أن السيد / ستورش من الملاك الذين تقع ملكيتهم علي الطريق العام ، وقامت الإدارة بالترخيص للملتزم (المتعاقد معها بإنشاء مبني كان من شأنه الأضرار بملكية السيد / ستورش فطعن المذكور علي قـرار الإدارة بمنح ترخيص للملتزم مخالف الأشتراطات العقد المبرم بين الإدارة والملتـزم وقـد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن من السيد / سـتوريش رغـم هـو مـن الغيـر للامنتفعين بالمرفق العام المدار بأسلوب الالتزام والمقدم بأسلوب تجاوز السلطة (١)

---

(١) ٣ fev ١٩٠٥ storch. ٥- ١٩٠٧ -٣-٣٣ note Hauriou – R.D.P.١٩٠٥ .

الفرع الثالث

الطعن تجاوز السلطة في مجال
عقد التزام المرافق العام

لعقد الالتزام نوعين من القضاء

أ- **قضاء مشروعية** : مشروعية التنظيم القانوني ويختص به قضاء تجاوز السلطة

ب- **قضاء العقد** : ويتضمن فحص أثار التنظيم القانوني علي اقتصاديات العقد

ورغم ازدواج التقاضي الذي يدور حول الطبيعة المزدوجة المركبة لقضاء عقد التزام المرفق العامة فقد أستطاع مجلس الدولة الفرنسي ادخال الطعن لتجاوز السلطة في المجال التعاقدي لعقد التزام المرافق العامة.

فإذا انطوى العقد الإدارية علي عمل غير مشروع جاز الطعن فيه بأسلوب تجاوز السلطة ، أما إذا كانت المخالفة في إجراء معين تم في العقد الإداري تنظمه النصوص المنظمة للعقد فليس للمتعاقد الحق بالطعن في هذا الإجراء بأسلوب تجوز السلطة في هذه القرارات الإدارية المخالفة للشروط التنظيمية (اللائحية لعقد الالتزام حيث قاضي العقد هو المختص بذلك ، وهذا ما هو مستقر عليه في القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر [1]

والآن نأتي إلي تساؤل هام وهو هل للملتزم الحق في استخدام الطعن بتجاوز السلطة ؟

---

(١) أنظر علي سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٠٢/٣/١٤ في قضية Eichet المجموعة ص ١٨٩ وفي ١٩١٠/٧/٢٠ المجموعة Leb ص ٤٨٧ . وفي ١٩٠٥/١٢/٢٣ مجموعة سيري سنة ١٩٠٧ ص ١٥٦ ج، ٣ وكذلك الحكم الصادر في ١٩٤٢/١٢/٦ في قضية Socıde de forces motenices de lahaute durance منشور في سيري سنة ١٩٤٦ جـ ص ١٢ في ١٩٤٧/٣/٧ - المجموعه ص ٩١ . وفي مصر انظر علي سبيل المثال حكم محكمة القضاء الإداري المصري بصدر في ١٩٥٧/٣/١٢ في القضية رقم ٣٥٧ لسن ١١ق المجموعة ص ١١ و ص ٣

ذهب البعض من الفقه إلي تأييد موقف القضاء المستقر في عدم قبول الطعن بتجاوز السلطة المقدم من الملتزم ضد مخالفة الشروط اللائحية في عقد الالتزام [1]

إلا أن هذا الرأي وهذا القضاء السابق الذى يحرم الملتزم من الالتجاء إلى الطعن بتجاوز السلطة لم يصمد أمام النقد العنيف الذى تعرض له من الفقه الراجح الذى يرى فى عقد الالتزام عقد ذا طبيعة مركبة [2]

ألا إن القضاء المستقر مازال يرفض الطعن لتجاوز السلطة المقدم من الملتزم ولو كان الطعن ضد مخالفة الشروط اللائحية إلا أن حرمان الملتزم من الالتجاء إلى قضاء تجاوز السلطة لم يأت بصورة مطلقة بل اتخذ القضاء مخرجا من خلاله خول للملتزم الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ، وذلك بأنه فرق بين القرارات التى تتخذها الإدارة وهى بصدد تنفيذ العقد إذا كانت مستندة فى إصدارها إلى سلطاتها التعاقدية ، وهى لا يجوز الطعن عليها بأى حال من الأحوال بأسلوب تجوز السلطة وتلك التى تستند فيها الإدارة إلى سلطتها التعاقدية المستمدة من القوانين واللوائح كاستخدامها سلطة الضبط الإدارى فى مجال تنفيذ عقد الالتزام فقد سمح للملتزم بالطعن على هذه القرارات بأسلوب تجاوز السلطة [3]

---

(١) من أنصار هذا الرأي الفقيه بيكينو حيث يري أن عقد الالتزام عقدا في جميع نصوصه تجاه الملتزم رسالة بيكينو ص ٥٨٤ ومن الفقه المصري د. ثروت بدوى الرسالة السابقة ص ١٢٥٨ ، ١٣٢ في كتابة النظرية العامة في العقود الإدارية سن ١٩٦٣ جـ١ ص ١١٣ وما بعدها .

(٢)Le controle juridictionne le de l.administration An Moyen pour exces de pouvoir these paris ١٩٢٦. P. ٣٠٨ et suiv

- jeze (G) le resouer pour exces se pouvoir et les contrats ١٩١٥ –p. ٢٥٨. Et joundic. Op et. P. ٧٦ et suiv. De laubodere opet. P. ٢٤٨..

ومن الفقه المصرى د/ حشيش – المرجع السابق فقرة ٢١٨ ، وأن ذهب إلى تبرير موقف القضاء بالمبدأ الذى يقضى بأن المسئولية العقدية يجب المسئولية المدنية .

(٣) راجع فى ذلك دى لوبادير جـ ٣ عقود ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ بيكينو الرسالة السابقة ص ٥٨٥ حونيدك المقالة السابقة ، د. حشيش المرجع السابق فقرة ٢١٦ .

وتطبيقا لذلك جاء فـــى حكـــم مجلـــس الدولـــة الفرنـــسى الـــصادر فـــى ١٩٣٠/٧/١٨ فى قضية P.L.M من المجموعة ص ٧٥٣ أن

que les conclusions dont le conseil d'etat est saise nesont pas fonuess sur que ledecision attaquent porterait attiente an droits que les commentes seauerantes tienneut des stipulations de leur contrat de conassian mais tenuent a tendenta a l'anulation . de la dite decision prise en dehors de pouvoirs son feres ou ministre de travaux public par les lois et regie -ments qu'le donc lu recours pour exces se pouvoir sun il appartient au conceil d'cut le statuer diretrment. "

ويلاحظ أنه لا يقبل الطعن بأسلوب تجاوز السلطة المقدم من الملتزم عـــن إجراءات الإدارة المخالفة للنصوص التعاقدية فى كزاسة الشروط كأن يطعن علـــى إجراء الإدارة مثلا بمنح الغير سلطات أو امتيازات مخالفة لشروط الاحتكار الـــذى يتمتع به [1]

خلاصة ما تقدم :

أنه لا يجوز للملتزم الطعن بأسلوب تجاوز السلطة لإلغاء قرار صادر مـــن جهة الإدارة لمخالفته لاشتراطات العقد التنظيمية إلا ما يتخذ من قبل جهـــة الإدارة استنادا إلى سلطاتها المستمدة من القوانين واللوائح بوصفها سلطة عامة كاســـتخدام سلطات الضبط الإدارى .

وإن تطبيق المبادئ العامة المتعلقة بقضاء تجـــاوز الـــسلطة فـــى العقـــود الإدارية قابلة للتطبيق فى عقود التزام المرافق العامة – فيعد الطعن مقبولاً ضد أى قرار منفصل يساهم فى تكوين العقد دون أن يكون مقبولا على الإطلاق ضد العقـــد ذاته إذ لا يجوز توجيه دعوى تجاوز السلطة ضد العقـــود الإداريـــة ومنهـــا عقـــد الالتزام .

---

(١) يراجع فى ذلك الفقيه / دى لوبادير جـــ٣ عقود ص ٣٤٩ وحكم مجلس الدولـــة الفرنـــسى الصادر فى فبراير سنة ١٩١٨ فى قضية المجموعة ص ١٩١ Cie de chemins de fer de sus Quest

ويلاحظ أنه فى عقد الالتزام تمتد أثار هذا العقد إلى الغير ومن هنا فتولد منازعات بين الإدارة والملتزم ومنازعات بين الملتزم والغير ، ومنازعات بين الملتزم وعماله ، هذا عكس الأمر فى العقود الإدارية الأخرى إذ تقتصر أثارها فيما بين الإدارة والمتعاقد معها ، وبناء على ذلك تفحص القرارات الصادرة من الإدارة والتى تكون ذات علاقة بالعقد فى نطاق القضاء الكامل .

الفرع الرابع

طعون عمال الملتزم فى

عقد امتياز المرفق العام

يرتبط عمال الملتزم معه بعقد يتضمن نصوصه تنظيم أوضاع العاملين بــه حيث ماله من حقوق ، وما عليهم من التزامات مثل الـشروط الخاصـــة بـــالأجر وظروف العمل ، وضمانات الاستقرار (١)

وأن نصوص عقد الالتزام ذات طبيعة لائحية فى مواجهة العاملين ، وعلى الملتزم احترام هذه النصوص فى علاقته مع عماله ، وقـد أكـد مجلـس الدولـة الفرنسى فى حكم حديث "أن النظام الخاص بالعاملين والمدرج فى الاتفاقية المبرمـة بين الدولة وشركة أير فرانس ذو طبيعة لائحية (٢)

ويبدو لأول وهلة أن مجرد الاعتراف بالطبيعـة اللائحيـة فـى مواجهـة العاملين أن يطبق فى شأنه نفس القواعـد الخاصـــة بـــالمنتفعين بالنـسبة لمنهـاج القرارات القابلة للانفصال ، ولكن اختلفت الحلول بين القـضاء الإدارى المـصرى والفرنسى فى هذه النقطة على النحو التالى :

فى فرنسا :

يفرق مجلس الدولة الفرنسى بين طعون العاملين وبين طعون نقاباتهم .

فبالنسبة للعالمين ليس لهم إلا الالتجاء لقاضى العمـل المـدنى ولهـم أن يستفيدوا من النصوص الموضوعة لمصلحتهم فى وثيقة الالتزام استنادا إلى نظريـة الاشتراط لمصلحة الغير(٣) .

---

(١) يراجع فى ذلك للفقيه / بوسيير – المرجع السابق فقره ٦ .

(٢) راجع فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٦٨/٢/٢٣ Picard مؤلف العميد فيدل ص ٥٨٣ .

(٣) يراجع فى ذلك للفقيه / دى لوبادير – عقود جزء ٢ ص ٩٢ ، وكذلك للفقيه هيبر – المرجع السابق ص ١٨٣ .

أما النقابات فيمكنها استخدام منهاج القرارات القابلة للانفصال ، والطعن بالإلغاء على قرارات الإدارة الإيجابية والسلبية ، وذلك إذا قام وجه من أوجه الطعن بالإلغاء ومن بينها مخالفة النصوص اللائحية التى تتضمنها وثيقة الالتزام[1]

ونحن نعقب على قضاء مجلس الدولة الفرنسى السابق أنه لا جدوى من التفرقة بين الطعون المقدمة من العمال والطعون المقدمة من النقابات حيث كل منهما مرآة للآخر والعمال أجزاء من جسم النقابات لا تنفصل عنها فماذا يمنع من الاعتراف لنصوص عقد الالتزام بالطبيعة اللائحية للطرفين (العمال ونقاباتهم) .

من تطبيقات القضاء الإدارى الفرنسى فى هذا الشأن :

قبل القضاء الإدارى الفرنسى الطعن بالإلغاء على القرارات المتعلقة بتنفيذ عقود اجارة الأشخاص فى القرارات التى تتطابق مع امتيازات السلطة الممنوحة للإدارة فى مواجهة بعض المنظمات الخاصة مثل قرارات التعيين ، وعزل بعض العاملين فى هذه المؤسسات [2]

وكذلك قرارات التطهير وهى قرارات تصدر من غير الجهة المتعاقدة ولا تعتبر قرارات تتعلق بتنفيذ العقد [3]

كما قبل مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Echourin الصادر فيها الحكم بتاريخ ٢٠/٢/١٩٥٣ بفصل القرارات عن العملية العقدية عند تجاوز الإدارة حدود سلطتها فتصدر قرارات متعلقة بالتنفيذ دون سند يخول لها هذا الاختصاص[4]

---

(١) راجع فى ذلك / مجلس الدولة الفرنسى الحكم الصادر فى ٢٢/٧/١٩٢٧ فى قضية syndicat des employes des secteurs electriques de la seine مجلة دالوز سنة ١٩٤٨ قسم ٣ ص ٤ .

(٢) يراجع فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢/٧/١٩٢٥ Pegourier ص ٧٥٤ وكذلك الحكم الصادر فى ٩/٧/١٩٣٧ فى قضية Fuster ص ٦٨٠ .

(٣) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٨/٥/١٩٤٨ فى قضية Codas ص ٢٤١ .

(٤) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٠/٢/١٩٥٣ Echourin .

أما فى مصر :

ظهر مسلك القضاء الإدارى المصرى فى طعون العاملين بالإلغـاء ضـد القرارات القابلة للانفصال عن العقد فى دعوى تتلخص وقائعها فى أن " شركة قـد سحب التزامها وأسند إلى شركة أخرى وقد نص فى أحد شروط الالتزام اللائحيـة على إلزام الشركة الجديدة باستخدام عمال الملتزم السابق ، وقد طلب أحمد عمـال الملتزم الأول من الأول إصدار قرار إلزام الشركة الثانية باستخدامه ، وإزاء رفض الإدارة التدخل قام بالطعن فى قراراها السلبى مطالباً بالتعويض عمـا لحقـه مـن أضرار وقد قبلت محكمة القضاء الإدارى اختصاصها إذ أنـه "يعتبـر فـى حكـم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كـان مـن الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح [١]

وفى حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا قبلت فيه الطعن بالألغاء على قرار فصل عامل يرتبط مع الدولة بعقد عمل فردى [٢]

أما بالنسبة لطعون العمال المرتبطين مع المرفق بعقود إجارة الأشخاص :

يعتبر مركز العمال الذين يرتبطون مع المرفق بعقود إجارة الأشخاص ذى طبيعة مختلفة تتخلله عناصر تعاقدية وأخرى لائحية .

يظهر العنصر التعاقدى فى المفاوضات التى تجرى بين الإدارة والعامـل حول نصوص العقد التى لم يرد فيها تنظيم تشريعى مثل مدة العقد ، والراتب ونوع العمل . والمرحلة اللائحية تأتى بعد إبرام العقد .

ونجد تجسيدا للطبيعة السابقة بالنسبة لعقود إجارة الأشـخاص فـى حكـم لمحكمة القضاء الإدارة صدر بتاريخ ١٩٦٦/٥/١ ورد فيـه " ومـن حيـث .. إن

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٦٣/٣/٣١ فى القضية رقم ٢٧ لسنة ١١ ق مجموعة السنوات الخمس ص ١٨٠، وأنظر حكم لذات المحكمة فى القـضية رقـم ٣٠ لسنة ١١ ق بتاريخ ١٩٦١/٣/٣١ ذات المجموعة وذات الصفحة .

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٦/١١/١٩ فى القضية رقم ٩٤٨ لسنة ٩ مجموعة ١ لسنة ١٢ ص٢١٧٠ .

علاقة المدعى بالمؤسسة قامت على أساس عقد .. ينظم نـوعين مـن التنظيمـات القانونية غالبيتها تنظيمات عامة ، وتنظيمات فردية إلا تلك المتعلقة بإنهاء الخدمـة مع استبعاد كل ضمانات الموظف عند انهائها .. على أن التكييف القانونى الـسليم لهذا العقد أنه اتفاق الطرفين على التنظيمات العامة الـواردة بـه ، وتعاقـد علـى التنظيمات الفردية التى يحتويها (١)

ويرتب على ذلك أن القرارات المستندة إلى النصوص التعاقديـة لا تقبـل الانفصال عن العملية التعاقدية ويختص بنظرها قاضى العقد .

أما القرارات التى يطعن عليها لمخالفتها للقوانين واللـوائح فـإن مجـال الطعن فيها يكون عن طريق استدعاء ولاية الإلغاء وهذا هو الجانب الغالـب فـى عقد الاستخدام .

واعتبر القضاء الفرنسى القرارات الصادرة بإنهاء العقد بأنها قرارات قابلة للانفصال عن العملية العقدية ، وأن مجال الطعن فيها يكون أمام قاضى الإلغاء (٢)

وسار القضاء المصرى على نفس النهج السابق لقـضاء مجلـس الدولـة الفرنسى السابق منذ إنشائه فقبل مجلس الدولة المصرى الطعن بالإلغاء ضد القـرار الصادر بفضل عامل تعاقدى وكان ذلك فى ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ المقيـد لاختصاص مجلس الدولة ولم يدخل فى اختصاص المجلس ذلك النوع من العقـود (عقود إجارة الأشخاص) .

واستند الحكم على أن " القرار الصادر بفصل المدعى يحمل فى طياته كل مقومات القرار الإدارى إذا أفصحت بموجبه الوزارة عن إرادتها الملزم فى فـصم علاقة المدعى بالوظيفة وبشطب اسمه من عداد موظفيها . (٣)

---

(١) يراجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى القضية رقـم ١١٢٢ لـسنة ١٩ ق بتاريخ ١٩٦٦/٥/١ – مجموعة السنوات الخمس ص ٧٤ .

(٢) يراجع فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٤٨/٦/٩ فى قضيةcousin ص ٢٥٤ وكذلك الحكم الصادر فى ١٩٤٨/٤/٨ فى قضية Dile pasteau ص ٤٦٤ .

(٣) يراجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٥٢/١/٢٤ فى القضية رقم ١٠٥

ومن ثم فيخرج عقد الاستخدام على القواعد العامة الخاصة بالقرارات القابلة للانفصال فى قبول الطعن بالإلغاء على القرارات التى تتخذها الإدارة استنادا إلى نصوص العقد ، ولو كان مبنى الطعن هو مخالفة العقد نفسه بالرغم من أنه ليس للملتزم أن يبنى طعنه بالإلغاء على مخالفة النصوص اللائحية فى العقد وقد صدرت العديد من الأحكام فى هذا النطاق .

وقررت محكمة القضاء الإدارى فى تبرير اختصاصها كقضاء إلغاء " أن السلطة المخولة للوزير فى فصل المدعى حسب المادة السادسة من عقد الاستخدام رهينة بأن يكون قد وقع منه سوء سلوك شديد فلا يستقيم قرار الفصل ألا على مقتضى هذا النظر .. لذلك يكون القرار المطعون فيه قد جانب القانون حقيقاً بالإلغاء [١]

وامتد الطعن فى عقود إجارة الأشخاص إلى الطعنه بالإلغاء فى القرارات المتعلقة بالترقية[٢]

خلاصة ما تقدم :

إذا كان القضاء العادى يختص بمنازعات عمال القانون الخاص الذين تستأجرهم الدولة ، ويختص قاضى العقد بكل المنازعات اتى تتعلق بالعقود الإدارية المتعلقة بشئون هؤلاء العمال ألا أن القضاء الإدارى فى كل من مصر وفرنسا أجاز فصل بعد القرارات عن العملية العقدية والطعن عليها استقلالا أمام قاضى الإلغاء ويرجع السبب فى ذلك إلى الآتى :

إنه لا يقتصر تنظيم أوضاع العاملين (إجراء القانون الخاص) على العقد

لسنة ٤ ق مجموعة السنة ٦ ق ص ٢٧٧ .

(١) يراجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٥٠/١٢/٢٨ فى القضية رقم ٢٦٥ لسنة ٤ ق مجموعة ١ لسنة ٥ ق ص٣٤٥ وكذلك الحكم الصادر فى ١٩٥٢/٤/٧ قضية رقم ٢٧٩ لسنة ٥ ق مجموعة ١ لسنة ٦ ق ص ٨٧٣ .

(٢) يراجع فى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٠/٥/١٤ فى القضية رقم ٧٩٢ لسنة ٧ ق مجموعة ١ لسنة ٥ ق ص ٩٣٥.

فقط بل القوانين واللوائح تنظم الكثير من أوضاعهم وأن كل ما تتخـذه الإدارة مـن إجراءات مستندة فيها إلى الامتيازات المخولة لها بواسطة القـانون لا تعـدو مـن القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد ولا تدخل فى تكوين بنيات العملية العقدية وبالتـالى لا يعد الطعن عليها بالإلغاء من تطبيقات منهاج القرارات القابلة للانفصال ، وتطبـق هذه القاعدة فى كافة العقود :

ومن ناحية أخرى أن فى إحالة هذه القرارات (القرارات القابلة للانفصال عن العقد) إلى قضاء الإلغاء يمتاز بالاختصار فى الإجـراءات المعقـدة الخاصـة بالمسائل الإدارية الأولية حيث أن عند إحالة الموضوع إلى القضاء العادى سـوف يؤدى ذلك إلى إيقاف الدعوى وأحالتها إلى قاضى الإلغاء ليتولى اختـصاصه فـى بحث مدى مشروعية هذه القرارات .

ويستفاد من العرض السابق أيضا أن هناك ارتباط وثيق بـين القـرارات المتعلقة بتنفيذ العقد ، وتلك القرارات المتعلقة بإنهائه مع العملية العقدية ، ولا تقبـل الانفصال عنها فى مواجهة المتعاقدين وذلك بالنسبة لسائر العقـود الإداريـة عـدا عقدى الالتزام ، وإجارة الأشخاص لما لهذين العقدين من طبيعة خاصة .

المطلب الثالث

مدى إمكانية الطعن بالإلغاء فى القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد من جانب المتعاقد

لطرفى التعاقد (الإدارة والمتعاقد معها) إمكانية المنازعة فى تنفيذ العقد أمام القاضى المختص بالمنازعات المتعلقة بالعقد وهو قاضى العقد Le juge du contrat إذا أصدرت الإدارة قرارا انتهكت فيه نصاً من نصوص العقد ، أو عدلت فى العقد بأن زادت مثلا فى حجم الأشغال العامة الموكولة إليه أو أنقصت من ثمن الخدمة الذى يتقاضها من المنتفعين (فى عقد الالتزام أو أصدرت قراراً بإلغاء العقد [1] والقرارات المتضمنة توقيع جزاءات من قبل الإدارة على المتعاقد المقصر معها . فكل هذه القرارات السابقة ليس مجالها دعوى الإلغاء وإنما يختص بالنظر فيها القضاء الكامل .

والمبدأ الذى يحكم هذه القرارات المختلفة هو إنها قرارات غير قابلة للانفصال بالنسبة لهم ، ومن ثم فهذه القرارات غير قابلة للطعن فيها عن طريق تجاوز السلطة من قبلهم ، بسبب وجود طريق طعن مواز أمامهم ضد هذه القرارات [2] حتى ولو كان الطعن فى الإجراء محل النزاع مؤسسا فقط على أسباب تتعلق بالمشروعية [3]

وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها " أنه ينبغى فى ضوء هذا التنظيم لعملية العقد الإدارى المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التى تصدرها الجهة الإدارية فى شأن العقود الإدارية .. النوع الأول وهو القرارات التى تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد ، هذه تسمى القرارات المنفصلة المستقلة ، ومن هذا القبيل القرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها على شخص معين ، فهذه القرارات هى قرارات إدارية

---

(١) لوبادير – المطول فى العقد – جزء ٣ ص ٣٤١

(٢) C.E. ١٩ fevrier ١٩٥٨. Soc- Air – tahiti – Rec. P.١/٣

(٣) C.E. g. juillet ١٩٩٧, Ville de cannes. de la bonreterie, Rec. p. ٢٦٥

نهائية شأنه شأن أى قرار إدارى نهائى وتنطبق عليهــا جميــع الأحكــام الخاصــة بالقرارات الإدارية النهائية والنوع الثانى وينظم القرارات التــى تــصدرها الجهــة الإدارية تنفيذا لعقد من العقود الإدارية واستناداً إلى نص مــن نــصوصه كــالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها والقرار الصادر بمصادر التأمين أو بإلغــاء العقد ذاته ، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التــى تثــور بشأنها لا على أساس اختصاص بنظر القرارات الإدارية النهائية وإنما على أســاس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإداريــة بالتطبيق للبند الحادى عشر من المادة العاشرة من القانون رقــم ٤٧ لــسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة والذى يقضى باختصاص محاكم مجلــس الدولــة دون غيرهــا بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر ، وغنى عن البيان أن اختصاص القضاء الإدارى بالنسبة إلى هــذا النوع الثانى من القرارات هو اختصاص مطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنهــا ، إذ ليست هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل فى شئ من هذه المنازعــات ، وهذا التنظيم القضائى يجعل القضاء الإدارى مختــصا بالفــصل فــى الطلبــات المستعجلة التى تنطوى على نتائج يتعذر تداركها أو طلبات يخشى عليها من فــوات الوقت أو اتخاذ تدابير لها يحتمل التأخير أو إجراءات وقتية أو تحفظية حماية للحق إلى أن يفصل فى موضوعه ، والقضاء الإدارى إذ يفصل فى هذه الطلبــات إنمــا يفصل فيها سواء أكانت مطروحة عليه بصفة أصــلية أم بأعتبارهــا فرعــاً مــن المنازعة الأصلية المطروحة عليه ، وذلك على اعتبار أن القــضاء الإدارى وحــدة دون غيره قاضى العقد [1]

ويلاحظ أنه لا يفهم مما تقدم أن المتعاقد مع الإدارة لا يــستطيع أن يقــدم طلبه إلى المجلس فى صورة دعوى إلغاء .

ففى فرنسا منذ عام ١٩٤٨ أصبح أمام المتعاقد الطعــن بتجــاوز الــسلطة

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧٩/٤/١٤ فى مجموعة أحكام العليا فى ى١٥ عاما ص ١٧٨ بند ١٠١ .

مفتوحاً ضد الإجراءات المتعلقة بتنفيذ العقد أو فسخه وذلك يقتصر فقط على حالة إذا كان فى مركز تنظيم لائحى أكثر منه اتفاقى تعاقدى .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسى هذا المبدأ على حالة العاملين المعينين فى الإدارات العامة بعقود ، وليس بقرارات تعيين (١)

وفى مصر كذلك للمتعاقد أن يطعن بالإلغاء فى أى قرار تتخذ جهة الإدارة قبله ولكنه يجب أن يبنى هذا الطعن أساساً على مخالفة قواعد المشروعية فيناقش القرار فى أسباب إلغائه من حيث الاختصاص والشكل ، والمحل ، والسبب ، وانتفاء الانحراف بالسلطة . وفى ذلك قالت المحكمة الإدارية العليا " أن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائى بمجلس الدولة حتى ولو انصب النزاع على طلب المتعاقد إلغاء قرار إدارى اتخذته الإدارة قبله ، ذلك وكل ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات الخاصة بتوقيع جزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو انتهائه أو إلغائه إنما يدخل فى منطقة العقد وينشأ عنه ، وبالتالى فإن المنازعات التى تتولد عن تلك القرارات والإجراءات فى منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن عليها على أساس استصدار ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء ، ومن ثم فلا يتقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء .

وطبقا لما سبق – فإن القرارات التى تصدرها الإدارة بتوقيع غرامة التأخير لا تكون محلا للتحصن وإنما يجوز دائما الطعن عليها ما لم يسقط أصل الحق بمضى المدة أو من ثم فإنه يجوز للإدارة والحالة هذه سحب وتعديل ما تصدره من قرارات بتوقيع غرامة التأخير أو الإعفاء منها طالما كان قرارها غير

---

(١) C.E. & decembre ١٩٨٢. Dlle. P & steau. Rec. P. ٢, ١ . R.D.p. ١٩٢٩ – P.٧٣
Note . M. Wall NE.

مخالف للقانون ولم تنقض المدة المقررة لسقوط الحق [٢]

ويستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يلجأ إلى قاضى الإلغاء وليس إلى قاضى العقد فى حالة خاصة ، كأن يكون القرار الذى أضربه قد أصدرته الإدارة المتعاقدة معه بوصفها سلطة ضبط إدارى ، وفى هذه الحالة يجب أن يبنى الطعن على مخالفة قواعد المشروعية وليس على نصوص العقد .

ومثالا على ذلك حالة تعاقد شخص مع البلدية على إدارة المقاصف الموجودة على عدة شواطئ ، فيكون بهذا الوضع صاحب مصلحة فى أن يكثر المصطفون فيها ، ويحدث أن تصدر البلدية أو المحافظة لائحة من لوائح الضبط الإدارى يترتب عليها قلة المصطفين فى تلك الشواطئ بالذات ، وفى هذه الحالة يستطيع المتعاقد أن يطعن بالإلغاء فى هذه اللوائح لا على أساس أنها قد مست بالعقد الإدارى ، ولكن على أساس أنها قد خالفت بعض القوانين أو اللوائح الأخرى الأقوى منها (الصادرة من رئيس الجمهورية مثلا) [١]

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٩٥/٣/٧ فى القضية رقم ٢٣٤٨ لسنة ٣٦ ق .

(١) جاء هذا المثال فى مؤلف للأستاذ الدكتور / مصطفى أبو زيد فهمى عن قضاء الإلغاء شروط القبول – أوجه الإلغاء ص ٣٦ وما بعدها .

المبحث الثاني
القرارات القابلة للانفصال
عن العقد فى مرحلة تنفيذه

عــــام :

الأصل العام أن القرارات التى تصدرها جهة الإدارة فــى مرحلــة تنفيــذ عقود الإدارة سواء كانت مدنية أو إدارية لا تقبل الانفصال عن العملية العقدية .

إلا أنه يرد على هذا الأصل العام اســتثناءان يتعلقــان بعقــود التزامــات المرافق وبعقود العمل (عقود إجارة الأشخاص لما لهذه العقود من ذاتية .

تقسيم :

فى هذا المبحث نتناول القرارات القابلة للانفصال عن العقد فــى مرحلــة تنفيذه على النحو التالى :

فى المطلب الأول : المبدأ العام وهو عدم قابلية القرارات المذكورة للانفصال .

وفى المطلب الثانى : تطور القضاء المصري في قبول الطعن بالإلغاء في مرحلــة تنفيذ العقد .

وفي المطلب الثالث : القرارات التي تشملها قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغــاء فــي مجال تنفيذ العقد الإداري .

وفى المطلب الرابع : نتناول الضوابط الواردة على قاعــدة عــدم جــواز فــصل القرارات المتعلقة بتنفيذ عقود الإدارة

الفرع أولا : صفة الطاعن .

الفرع ثانيا : أنواع القرارات التى تقبل الانفصال عن العقد الإدارى فى مرحلــة تنفيذ العقد.

المطلب الأول

المبدأ العام عدم قابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد للانفصال

من المسلم به أن القرارات التى تصدر من الإدارة وتتعلق بتنفيذ عقودها تكون جزءا لا يتجزأ من بنيان العملية العقدية .

فالعملية العقدية تدخل برمتها فى المجال الطبيعى لاختصاص قاضى العقد ، ولا يشاركه فى ذلك قاضى الإلغاء ، وبالتالى لا يقبل القضاء فصل القرارات المتعلقة بالتنفيذ والطعن عليها استقلالاً أمام قاضى الإلغاء [(١)] .

ونرى تمسكا ملحوظا فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى بهذا المبدأ فيقول " حيث إن النزاع يدور حلو تنفيذ العقود المبرمة لحساب المديرية فإنه يخضع بناء على ذلك الاختصاص لقاضى العقود [(٢)] وفى مصر أكدت محكمة القضاء الإدارى المصرية نفس المبدأ فى العديد من أحكامها منها الحكم الصادر فى ١٩٦٣/٤/٢١ حيث تقول " أما القرارات اللاحقة لإبرام العقد فإنها تكون مستندة إلى السلطة العقدية ويراعى فى هذه القرارات أنها تدخل فى منطقة النزاع العقدى ولا يرد عليها طلب الإلغاء [(٣)]

وكذلك بالنسبة لمنازعات تنفيذ العقود المدنية فقاضى الإلغاء لا تمتد ولايته إلى ميدان تنفيذ هذه العقود بالرغم من أن القاضى المدنى له سلطات واسعة فى

---

(١)جع فى ذلك د. سليمان الطماوى – العقود الإدارية صـ ١٩٠ وما بعدها .

(٢) يراجع فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٤٤/٤/٥ فى قضية Saintard ص٣ ، ونفس المعنى الحكم الصادر فى ١٩٥٢/١/٢٤ فى قضية chambre syndicate de la Bonneterie de sud. – Quest. Et du. Midi de la france ص٤٦٥ .

(٣) راجع فى ذلك القضية رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ مجموعة السنوات الخمس ص ١٨٨ وفى نفس المعنى الحكم الصادر فى ١٩٥٦/١٢/٢٣ فى القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ ق مجموعة القضاء الإدارى السنة ١١ ص ١٠٤ .

دعاوى المسئولية العقدية التى تخرج عن اختصاص القضاء الإدارى .

وتؤكد محكمة النقض الفرنسى انفراد القضاء العادى بهذه المنازعات بقولها " تختص الهيئة القضائية وحدها بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تثور بمناسبة تنفيذ عقد قانون خاص يبرم بين الإدارة وأحد الأفراد [(1)]

وقد رفض مجلس الدولة المصرى اختصاصه بنظر عقد القانونى الخاص مقررا أن " كل منازعة من جانب المتعاقد مع المرفق فى القرارات التى يصدرها والمتعلقة بالعقد سواء كانت خاصة بانعقاده أو بصحته أو بتنفيذه أو انقضائه هى منازعة مدنية أساسها العقد ومن ثم لا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية التى تختص هذه المحكمة بنظرها . [(2)]

ويثار الآن التساؤل حول أسباب عدم قابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد للانفصال رغم قابلية القرارات المتعلقة بإبرام العقد للانفصال .

من المبررات التى ساقها الفقه للإجابة على هذا التساؤل الآتى

السبب الأول :

ذهب فريق إلى أن ذلك يرجع إلى وجود الدفع بالطعن المقابل الذى فقد صلاحيته فى مرحلة انعقاد العقد يعود مرة أخرى ليسترد مكانته فى مرحلة التنفيذ[(3)] وقد سبق أن قدمنا أن هذا الدفع أصبح منحسرا بعد أن أصبحت المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة بنظر دعاوى العقود ، ودعاوى الإلغاء ، ويكون الاستناد إلى الدفع السابق بالنسبة للعقود المدنية بخروج النزاع برمته عن ولاية القضاء الإدارى .

(1) راجع فى ذلك نقض فرنس – دائرة العرائض ١٩٢٥/٧/٢٨ فى قضية Dessandier منشور بمؤلف الفقيه لا مارك سالف الذكر ص ٢٠٣ هامش ٢ .

(2) يراجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٦١/١/١٠ فى القضية رقم ٢٠٥ لسنة ٢١ ق مجموعة اقضاء الإدارى ١ لسنة ١٥ ص ١٠ .

(3)يراجع فى ذلك المفوض بودين Baudouin فى تقريره فى قضية
ualle du lautaret societe Anonyme touristique et. Hoteliere de la Valle du.Lautaret

ونعقب على ذلك المبرر بالقول بأن الدفع بوجود الطعن الموازى لا يصلح سببا لعدم قابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإدارى للانفصال لأنه لا جدوى لـه فى رفض الطعون المقدمة من غير المتعاقـدين بـالطعن بتجـاوز الـسلطة ضـد القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإدارى بالإضافة إلى ما تقدم فإن هذا المبـرر السابق لا مجال لتطبيقه فى القضاء الإدارى المصرى .

السبب الثانى :

فى عدم قابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإدارى للانفصال عليـه هـو عدم إمكانية فصل القرارات المساهمة فى تنفيذ العقود فهى جـزءا لا تتجـزأ عـن العملية التعاقدية [1]

وتعقيبنا على هذا التبرير نقول أن كافة القرارات الصادرة بـصدد العقـد الإدارى سواء صدرت فى مرحلة إبرامه أو تنفيذه يعتبر عملا قانونيـا واحـداً [2] ومن ثم لا يوجد عمل قانونى لا يقبل الانفصال بطبيعته وآخـر يقبـل الانفـصال بطبيعته الذاتية .

السبب الثالث :

فى تبرير عدم قابلية القرارات المتعلقـة بتنفيـذ العقـد الإدارى هـو أن القرارات المتعلقة بالتنفيذ تتخذها الإدارة بناء على حقوقها المستمدة من العقد ، وأن الطعن بالإلغاء يبنى عادة على مخالفة هذه القرارات لنـصوص العقـد ، ومخالفـة القرار لنص عقدى لا يشكل مخالفة للشرعية فى مفهوم دعوى الإلغاء. [3]

ونعقب على هذا التبرير بالقول أن القضاء لا يفرق فـى رفـض طعـون الإلغاء بين تلك المؤسسة على مخالفة نصوص العقد وبين الطعون المؤسسة علـى مخالفة قواعد القانون .

---

(١) يراجع فى ذلك / دى لوبادير عقود جزء ٢ ص ٢٤٠ ، جزء ٣ ص ٣٤ .

(٢) يراجع فى ذلك / دبير – المقال السابق ص ٢٨٨ .

(٣) راجع فى ذلك / دبير – المقال السابق ص ٢٨٨ .

السبب الرابع :

الذي ساقة أصحاب القول بأن القرارات المتعلقـــة بتنفيـــذ العقـــد لا تقبـــل الانفصال هو أنه يفسر البعض بأن مسلك القضاء على أساس مبـــدأ مـــستقر فـــى القانون المدنى وهو أنه إذا توافر لشخص الحق فى تحريك دعوى المسئولية العقدية ودعوى المسئولية غير العقدية فإن الأولى تجب وتوقف الثانيـــة ويبـــرر الأســـتاذ الدكتور / السنهورى ذلك بقوله " أننا نأخذ بالرأى الذى يقول بالأخيرة للدائن ولـــيس له إلا دعوى المسئولية العقدية [1] وينتج بناء على ذلك أنه ليس للمتعاقـــد أن يلجـــأ إلى دعوى الإلغاء ما دام باب المسئولية العقدية مفتوحا أمامه .

ونجد أن أحكام القضاء الإدارى المصرى قد درجت على الأخذ بالقواعـــد الموضوعية للمسئولية العقدية التى يختص بتطبيقها القـــضاء الكامـــل ، وبالنـــسبة للعقود المدنية فهناك مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسئولية العقدية وغير العقدية لأن الأمر يتعلق بالخيار بين تطبيق أحد القانونين العام أم الخاص .

ورأينا فى هذا الموضوع أنه لا يجوز الالتجاء إلى وسيلة الطعن بتجـــاوز السلطة فى القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإدارى لما قد يكون فى هـــذه القـــرارات ما يخالف نصوص العقد ، وهذا هو الوضع الغالب، في مرحلة تنفيذ العقـــد الإداري فهذه القرارات لا تتجزأ عن العملية التعاقدية فهى تخضع لدعواها الأصـــلية وهـــى دعوى المسئولية العقدية التى تجب المسئولية التقصيرية ، ومـــن هنـــا تقـــول أن العملية التعاقدية وحدة واحدة لا تتجزأ .

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع فى ذلك د / السنهورى – المرجع السابق ص ٧٦١ / د حـــشيش المرجع السابق ص ١٨١ .

المطلب الثانى

تطور القضاء المصرى فى قبول الطعن بالإلغاء فى مرحلة تنفيذ العقد

قدمنا من مستهل تناولنا للباب الخاص بمنازعات العقود الإدارية فى إطار تقسيم الدعاوى الإدارية أن مجلس الدولة المصرى لم يكن مختصا منذ إنشائه بنظر منازعات العقود الإدارية إلا بعد صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، والذى قصر اختصاصه على المنازعات المتعلقة بثلاثة عقود هى الالتزام ، والأشغال العامة والتوريدات ، وبصدور قانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ قبل المجلس فصل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية .

من نماذج الإحكام التى تبين مسلك القضاء فى هذا الشأن :

الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٤٩/٦/٧ فى القضية رقم ٣٤٨ لسنة ١ ق وتتلخص واقعات [1] هذه القضية فى أنه " تقدم شخص يرتبط مع الدولة بعقد التزام للحصول من السلطة مانحة الالتزام على ثمانية تراخيص بالبحث عن الحديد فضلا عن مطالبته بعقود استئجار فى المنطقة موضوع الامتياز أعمالا للبند الأول من العقد إلا أن مصلحة المناجم أعادت إليه الرسوم التى دفعها بمقولة أن الحقوق التى كان يستمدها من عقد الالتزام قد زالت بانتهاء مدته ، وقد التجأ المدعى إلى قاضى الإلغاء فى ظل القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ مطالبا إلغاء القرار الإدارى برفض تسليمه الترخيص لمخالفته القانون ولعدم الاختصاص فضلا عن أنه مشوب بإساءة استعمال السلطة .

ودفعت الحكومة بعدم الاختصاص لأن العلاقة التى كانت تربطهم بالمدعى علاقة تعاقدية وأن الجهة الإدارية المتعاقدة برفضها منح التراخيص قد استعملت شرطا فى العقد وطبقته على المتعاقد معها فإن المسألة تكون إدعاء بإخلال بعقد يختص ببحثه القضاء المدنى وليس قراراً إدارياً مما يختص بإلغائه القضاء الإدارى.

---

(١) يراجع ى ذلك المجموعة ١ لسنة ٣ ص ٩١١ وما بعدها .

وقد رفضت المحكمة هذا الدفاع وقبلت الاختصاص مقررة " ومن حيث إنه يستفاد من كتاب مدير مصلحة المناجم أنه يتضمن قرارا إداريا ينطوى على رفض طلب المدعى للترخيص الثمانية ، والعبرة فى اختصاص المحكمة أن يكون هناك أمر صريح أو ضمنى ولو كان مكررا لتعلقه ذلك بالموضوع .

وفى حكم آخر كان موضوعه طعن بإلغاء القرار الذى أصدرته الإدارة المتعاقدة بفسخ عقد توريد وكان مبنى الطعن :

١- إن المخالفات التى فسخ العقد بسببها قد وقعت من نجل المدعى وقبل قبول الإدارة التنازل عن العقد .

٢- وأن إلغاء العقد جارى ولم يتبق على نهايته سوى مدة قصيرة وكان القصد منه تفويت رسو العطاء الجديد عليه .

وقد قررت المحكمة اختصاصها بنظر الدعوى على أساس أنها كانت مختصة أصلاً بنظر الطلبات التى يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية التى تصدر فى صدد عقود التوريد الإدارية .

وقد بينت المحكمة فى عبارة واضحة أن الاختصاص بنظر منازعات العقود أصبح للقضاء الكامل وليس لقضاء الإلغاء أى أنه لم يعد مقبولا فصل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية والطعن عليها استقلالاً بالإلغاء بواسطة أحد المتعاقدين .

وجاء فى حكم المحكمة سالفة الذكر " ومن حيث إن المادة الخامسة سالفة الذكر قد مدت اختصاص هذه المحكمة فجعلته شاملا لكافة المنازعات الخاصة بتلك العقود مما يجعلها أقدر على تصفية العلاقات التى ترتبط بها الحكومة مع الأفراد والهيئات وحتى لا يقتصر فصلها على صحة أو بطلان القرارات النهائية التى تتخذها الحكومة بشأن تلك العلاقات دون جوهر النزاع وبغير تصفية العلاقات والحسابات التى تنشأ عن تلك العقود مما يجعل ذوى الشأن يلجأون لاختصاص آخر مع ما فى ذلك من مشقة ومن ثم كان مد اختصاص المحكمة على هذا الوجه يجعلها مختصة بالفصل فى كافة ما يتعلق بتلك العقود ابتداء من أول حركة فى

تكوينها إلى آخر نتيجة فى تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التى نشأت عنها بما فى ذلك القرارات الإدارية التى تصدر منها باعتبارها تصرفا معبرا عن إدارة أحد أطراف العقد .

المطلب الثالث

القرارات التى تشملها قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء فى مجال تنفيذ العقد الإدارى

الأصل العام أن كافة القرارات التى تصدرها جهة الإدارة فى مناسبة تنفيذ العقد الإدارى لا يمكن الطعن عليها بالإلغاء ، وتأخذ دعوى المتعاقد عند الطعن على هذه القرارات شكل دعوى أمام قاضى العقد ، وتطبيق هذا الأصل العام ذات مدى واسع فهو يشمل قرارات فسخ العقد التى تتخذها الإدارة من جانبها ، وتلك المتعلقة بالأسعار أو التعريفة أو بتعديل العقد، وتلك التى تفرض على المتعاقد أسلوب التنفيذ أو الإجراءات التى تتخذها جهة الإدارة لرقابة تنفيذه .

ومفهوم القرار المتعلق بتنفيذ العقد هو القرار الصادر من جهة الإدارة مستندا إلى نصوص العقد أو تنفيذا له [1] فقاضى الإلغاء يرفض كافة الطعون المقدمة أمامه متى كان العمل المطعون فيه متصلا بتنفيذ العقد أيا كان الهدف منها ولو كانت تتعلق بالإعفاء من الالتزامات المستمدة من العقد .

ونقدم بعض الأمثلة على هذه القرارات :

١- القرارات الصادرة بتعديل العقد :

يرفض القضاء طعون المتعاقدين بإلغاء مثل هذه القرارات وهى تتمثل فى :

١- القرارات الصادرة بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد مثل قرار وزارة الحربية بتعديل كمية العلف، وأساس الطعن هو مساس هذا التعديل بحقوقه

---

(١) راجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر ١٩٥٧/١٢/٢٩ القضية رقم ٨٦٧ لسنة ١١ ق مجموعة السنتين ١٢ ، ١٣ ص ٢٦ وكذلك الحكم الصادر فى ١٩٦٠/١٠/٢٠ فى القضية رقم ١١٦ لسنة ٢ ق مجموعة السنة ١٥ ق صحيفتى ٧ ، ٨ .

المتولدة عن عقد التوريد ، وقد رفض مجلس الدولة الفرنسى هذا الطعن نظراً لأن هذا الوجه من أوجه الطعن لا يمكن استخدامه كأساس لطلب إلغاء القرار المطعون عليه [(١)]

٢- القرارات المتعلقة بالأسعار والتعريف عندما يكون منصوصا عليها فى العقد [(٢)]

٣- القرارات الماسة بالحقوق المتولدة عن العقد ومن أمثلتها امتياز الاستغلال بصفة احتكارية [(٣)]

وفى مصر رفض مجلس الدولة الطعن بالإلغاء فى القرار الصادر من الإدارة بزيادة عدد السيارات المقررة وذكرت المحكمة فى حيثياتها " أن القرار مثار النزاع . إنما صدر من المجلس البلدى استنادا إلى نص فى قائمة الشروط الخاصة بالالتزام ومن ثم فإن المنازعة فى شأنه تدخل فى منطقة العقد الإدارى فهى منازعة حقوقية وتكون محلا للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء [(٤)] وقد رفض مجلس الدولة الفرنسى فصل القرارات الصادرة برفض تعويض المتعاقد عن الأضرار التى أصابته نتيجة تنفيذه للعقد أو بسبب إجراء اتخذته الإدارة بمناسبة العقد. [(٥)]

٤- القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد ومن بينها فسخ العقد أو انهاؤه[(١)]

---

(١) راجع فى ذلك مجلس الدولة الفرنسى الحكم الصادر ١٩٢٩/١/١٦ فى قضية yrand ع ص ٧٢٢ .

(٢) مجلس دولة فرنسى ١٩٤٥/٦/٢٧ قضية Andennes Electrique ص ١٤٠ Ste - les

(٣) مجلس دولة فرنسى ١٩٣٢/١/١٥ Tolomee مجلة سيرى ١٩٣٢ قسم ٢ ص ٣٢ .

(٤) راجع حكم محكمة القضاء الإدارى ١٩٥٧/٣/٢٤ قضية رقم ٣٥٧ لسنة ١١ ق مجموعة القضاء الإدارى ١ لسنة ١١ ق ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٥) مجلس دولة فرنسى ١٩٣٨/٧/١٥ الصادر فى قضيته ص ٦٧٣ Syndicait. Intercommunal de Mussiden

(١) مجلس دولة فرنسى ١٩٤٤/١/٥ Saintard مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٨ .

ويقول المفوض Baudouin في هذا الشأن " أنكم في الواقع تفرضوا دائما عندما تقام أمامكم دعوى ناتجة عن تنفيذ أو إنهاء عقد أن تمنحوا المتعاقد دعوى مزدوجة الطعن لتجاوز السلطة من ناحية ودعوى القضاء الكامل من ناحية أخرى (٢)

وفي مصر أفصحت المحكمة الإدارية العليا عن وجه نظرها في مسألة القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات في الحكم الصادر في ١٩٦٣/٢/١٨ في دعوى أقامها المتعاقد يطلب فيها إلغاء القرار الصادر من الإدارة بفسخ العقد وشطب اسمه من سجل المتعهدين ومصادرة التأمين ووقف تنفيذ القرار السابق بصفة مستعجلة ودفعت الحكومة بعدم قبول الدعوى محتجة بأن القرار موضوع الطعن ليس قرارا إداريا صادر من الإدارة استنادا إلى سلطتها الإدارية اتخذته بناء على حقها المستمد من العقد ، ولذلك لا ترد عليه دعوى الإلغاء ، ولا يقبل وقف التنفيذ إذ يدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل وقد وافقت المحكمة المدعى عليه في أن القرار مثار النزاع قد صدر استنادا إلى المادة ٢٧ من الاشتراطات العامة الخاصة بالمناقصات والتوريدات الملحقة بالعقد وبناء على ذلك تدخل المنازعة في منطقة العقد الإداري وتكون محلا للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء . إلا أن المحكمة الإدارية العليا قد بينت أن ولاية القضاء الكامل تستوعب كافة أنواع المنازعات وما يتفرع عنها ويستوى في ذلك ما يتخذ صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري. (٣)

ويلاحظ أن للمتعاقد الحق في طلب إنهاء العقد أو اعفاءه من الالتزامات الناشئة عن العقد إلا أن جهة الإدارة قد ترفض إجابته إلى طلبه فيطعن بالإلغاء في القرار بالرفض وهناك حكم مجلس الدولة الفرنسي جسد فيه هذا القول حيث قال " حيث إن الشركة قد أعلنت برسو عطاء نقل المراسلات عليها بصفة نهائية . وأنه لذلك لا يمكنها تقديم طلباتها بالإعفاء من الالتزامات الناشئة عن عقدها عن طريق

---

(٢) تقرير المفوض Baudouin في حكم مجلس الدولة الصادر في ١٩٧٠/١١/٦ .

(٣) راجع في نفس المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٧١/١١/١٦ قضية رقم ٩٤٢ لسنة ١٣ ق مجموعة الإدارة العليا ١ لسنة ١٦ ق ص ١٥٠ .

الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة [1]

مدى قابلية القرارات الخاصة بالحلول للانفصال عن العقد الإدارى :

أقام المفوض Broibant تفرقة بين القرارات التى تصدر من جهة الوصاية بالحلول محل الهيئات اللامركزية المختلفة عن أداء التزاماتها وبين تلك التى تتخذ فى غير حالة الحلول. فى المجال الأول تأخذ قرارات الوصاية نفس صفات وخصائص القرارات الصادرة من الهيئات المحلية المتعاقدة وبالتالى لا يمكن فصلها عن العقد أما فى غير حالة الحلول فتقبل قرارات الوصاية الانفصال عن العملية التعاقدية .

وكذلك القرارات التى تتخذها سلطة الوصاية ولها طابع التحكيم [2] تأخذ نفس حكم القرارات غير القابلة للانفصال وفى مصر لا توجد منازعات بين الأشخاص اللامركزية وسلطات الوصاية الإدارية لأن هذه المنازعات تدخل فى اختصاص القسم الاستشارى بمجلس الدولة .

(1) راجع فى نفس المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٧١/١١/١٦ قضية رقم ٩٤٢ لسنة ١٣ ق مجموعة الإدارة العليا ١ لسنة ١٦ ق ص ١٥٠ .

(2) راجع د/ حشيش المرجع السابق فقرة ١٩٦ حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٦٧/١٢/١٥ فى قضية Classe chirugica le Mutuelle de la Girondi الموسوعة الإدارية ملزمة ٦٥٢ فقرة رقم ٦٢ .

المطلب الرابع

الضوابط الواردة على قاعدة عدم جواز

فصل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري

عـــام:

إذا كان الأصل العام كما سبق أن بينا أن القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد لا تقبل الانفصال إلا أن هذا الأصل لا يأخذ على إطلاقه بل يحد منه بعض القيــود أو الضوابط وتنحصر هذه الضوابط فى الآتى (١)

أ- صفة الطاعن .

ب- أنواع القرارات التي تقبل الانفصال عن العقد في مرحلة تنفيذه .

وسوف نعرض لكل ضابط من الضابطين السابقين فى الصفحات التالية .

---

(١) لمزيد من البحث يراجع فى ذلك للدكتور / عبد الحميد حشيش مجلة مــصر المعاصــرة - القرارات القابلة للانفصال عن العقد

الفـــرع الأول

صفـــــة الطاعن

فى فرنسا :

لم يكن مجلس الدولة الفرنسى يفرق بين الطعون بالإلغـــاء المقدمـــة مـــن المتعاقدين ، وتلك المقدمة من الغير فكان يعتبر كافة القرارات المتعلقة بالتنفيذ غيـــر قابلة للانفصال عن العملية العقدية وبالتالى ليس لهما الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد هذه القرارات ، وقد أفصح عن ذلك صراحة فى حكم لـــه صـــدر فـــى ســـنة ١٩٥٢[١].

فقد رفض الطعن بالإلغاء المقدم من الفرقة النقابية ضد قرار متعلق بتنفيـــذ عقد مبرم بين الإدارة وأحد أعضائها حيث إن هذا القرار ليس قابلا للطعن بالإلغـــاء لتجاوز السلطة حتى من جانب الغرفة النقابية ، ولا يغيب عـــن البـــال أن الغرفـــة النقابية لم تكن طرفا فى العقد [٢] وقد قرر المفوض Kahm فى عبارة قاطعة أنه بعد الإبرام النهائى للعقد فإن القرار لا يكون قابلا للانفصال على الاطلاق [٣]

وبناء على هذا الحكم السابق فإن مجلس الدولة الفرنسى يحرم الغيـــر مـــن الالتجاء إلى أى نوع من أنواع القضاء إلا أنه لم يستمر على ما جاء فـــى الحكـــم السابق وتحول فى حكمه الشهير الذى صدر سنة ١٩٦٤ ، وتتلخص وقـــائع هـــذا الحكم فى أن " شركة (S.V.P) أبرمت عقدا إدارياً مع وزارة البريـــد والتلغـــراف والتليفون للقيام بخدمات تليفونية خاصه ، وقد أعطيت فى العقد مزايا مختلفة عـــن

---

(١)يراجع فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى ١٩٥٢/١٠/٢٤ .
chambre syndicatel, de lindustrie de la bon neterie du sud Quest et du midi de la france صـــ٤٦٥

(٢)راجع فى ذلك / دى لوبادير – عقود جزء ٣ صـــ ٣٤٢ وما بعدها .

(٣) يراجع فى ذلك تقرير المفوض Kahn فى حكم مجلس الدولة الصادر فـــى ١٩٥٨/١٢/١٥ فى قـــضية Secretaired, etata e, agriculture المنـــشور فـــى مجلـــة Actualite juridique Droit administratif سنة ١٩٥٩ قسم ٢ . وانظر كذلك فى نفس المعنى rec eag. D. ١٩٦٢. ٦٦٥ Not , debbasch . ١ – ١٩٦٢ – ٢٩٣.

تلك التى يتمتع بها سائر المشتركين – فطالبت الشركة المدعية (L.T.C) من الوزير المختص منحها نفس المزايا السابقة ولكن رغبتها لم تصادف قبولا لدى جهة الإدارة فطلبت الشركة المدعية حرمان الشركات الأخرى من هذه المزايا ولما رفض هذا الطلب الثانى قدمت طعنا بالإلغاء على قرار الوزير المفوض ، وقد عرض النزاع على المحكمة الإدارية فحكمت بعدم قبول الطعن بالإلغاء لأن موضوع الدعوى إجراء من إجراءات التنفيذ التي تقبل الانفصال عن العقد .

طعنت الشركة فى هذا الحكم أمام مجلس الدولة وقد أيد مفوض الدولة Combarnous وجهة نظر المستأنف وذهب إلى إمكانية فص هذا القرار عن العقد لأن التفرقة بين ما يقبل الانفصال وما لا يقبل الانفصال ليس فى كون القرار صدر قبل الإبرام النهائى للعقد أو لاحقا عليه ، ولكن التفرقة تجرى بين القرارات التى تقرر الإدارة بواسطتها أن تتعاقد وتلك المتخذة بمقتضى العقد وفى إطاره . فهذا النوع الأخير هو الذى لا يقبل الانفصال ، وأضاف المفوض وهنا فى حالة الطعن الموجه ضد قرار إبرام العقد ينازع المدعى فى حق الإدارة فى إبرام بعض الاتفاقات ولذلك هذا القرار يقبل الانفصال ، وأضاف المفوض أنه من غير المنطقى أن كل قرار يساهم فى تكوين العقد يكون قابلا للانفصال سواء كان الطاعن هو أحد المتعاقدين أم من الغير وأن كافة القرارات المتعلقة بالتنفيذ لا تقبل الانفصال أيا كان الطاعن .

أيد المجلس وجهة نظر المفوض مقررا " حيث إن لشركة lic لم تكن طرفا فى العقد وبالتالى لا يمكنها أن تطلب من قاضى العقد أن يفصل فى الصعوبات التى تقع أثناء تنفيذ الاتفاقية إلا أنها بصفتها من الغير بالنسبة للاتفاقية فيقبل طعنها أمام قاضى تجاوز السلطة إذ أن كافة القرارات التى رغم تعلقها بإبرام العقد أو بتنفيذه يمكن مع ذلك اعتبارها قرارات قابلة للانفصال عن العقد .

والرأى الراجح فى الفقه الفرنسى أن هذا الحكم السابق ألغى التفرقة القديمة بين القرارات المتعلقة بإبرام العقد ، وتلك المرتبطة بتنفيذه وأن الحكم ذو محمول عام فيما يتعلق بطعون غير أطراف العقد [1] ١

---

(١) راجع فى ذلك للفقيه (شارك هيير رسالته السابقة صـ ١٧٩ ، وكذلك للفقيهان ، أوبى ،

فى مصر :

اتبع مجلس الدولة المصرى منهج مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد وقبل الطعون المقدمة من الغير ضد الإجراءات بتنفيذ العقد المبرم مع الإدارة لمخالفة الشروط اللائحية [1] من الأحكام التى قبلت فيه محكمة القضاء الإدارى فصل القرارات المتعلقة بالتنفيذ هى القضية الخاصة بإسقاط التزام ترخيص النقل عن مؤسسة خطوط القاهرة (أبو رجيلة) طبقا للقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٦٠ وصدر قرار إدارى من مؤسسة النقل العام بالاستيلاء على سيارات الشركة التى أسقط عنها الالتزام ، وكذلك على ثمانى سيارات مملوكة لشركة القاهرة للنقل والسياحة وأساس الاستيلاء أن هذه السيارات مهربة من مرفق النقل .

وقد طالبت شركة القاهرة للنقل والسياحة من محكمة القضاء الإدارى وقف تنفيذ قرار الاستيلاء وإلغاءه .

وقد دفعت الحكومة بعدم اختصاص المحكمة على أساس :

١- إن الشركة الطاعنة شركة صورية وأن السيارات المملوكة لها مهربة من المرفق ولذلك فإن النزاع يكون فى حقيقته واقعا بين شركة أبو رجيلة ومؤسسة النقل العام أى بين طرفى عقد الالتزام .

٢- إن النزاع بهذه الصورة يدخل فى ولاية اللجنة المشار إليها فى القانون الذى أسقط الالتزام ، والذى جعل منها صاحبة الولاية الوحيدة فى الفصل فيما ينشأ عن إسقاط الالتزام من منازعات .

٣- إن الفصل فى الدعوى يستلزم التعرض لمستندات ملكية السيارات موضوع النزاع وهو يخرج بذلك عن اختصاص محكمة القضاء الإدارى وعلى وجه الخصوص هيئة طعون الأفراد ويدخل فى ولاية هيئة العقود .

رفضت كل من محكمة القضاء الإدارى والمحكمة الإدارية العليا دفاع

ودارجو المرجع السابق جزء ٢ ص ٤٥٥ ، وما بعدها .

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى القضيتين رقمى ٢٤٤ لسنة ٧ ق ، ٧٣٠ لسنة ٨ ق فى ١٩٦٣/٣/٢٦ مجموعة ١ لسنة ١١ ق صـ ٥٦٥ .

الحكومة السابق استنادا إلى :

١- إن اللجنة المشار إليها يتحدد اختصاصها بتقدير قيمة التعويض والالتزامات الخاصة بعلاقة الشركة التى أسقط عنها الالتزام بمانح الالتـزام والـشركة المدعية ليست طرفا فى العقد .

٢- إن قرار الجهة الإدارية فيما إذا كانت هذه الموجـودات متعلقـة بـالمرفق المستولى عليه من عدمه هو قرار إدارى يخضع لرقابة المحكمة .

٣- إن بحث مستندات الملكية ليس من الأمور التى تخـرج عـن اختـصاص محكمة القضاء الإدارى لأن " صحة القرار الإدارى تتحدد بالأسباب التـى قام عليها ومدى سلامتها . وبحث ذلك يدخل بهـذه المثابـة فـى صـميم اختصاص المحكمة .

ومن هنا نرى أن القضاء المصرى ساير مجلس الجولة الفرنسى فى قبول الطعن بالإلغاء المقدم من غير أطراف العقد ضد القرارات الإدارية المتعلقة بتنفيـذ العقد الإدارى ، وأن سبب الطعن بالإلغاء يرجع إلى مخالفة القرار الإدارى للقانون كما فى الدعوى السابقة حيث أسست المحكمة الطعن أن مؤسسة النقل العام قد مدت أثر قانون إسقاط الالتزام إلى السيارات المملوكة للشركة المدعيـة علـى خـلاف نصوص العقد .

وخلاصة القول :

إن القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود وإنهائها تقبل الطعن بأسـلوب تجـاوز السلطة متى كان الطاعن من الغير .

ويقصد بمرحلة تنفيذ العقد هى مرحلة تمتد من إبرامه حتى إنهائـه بكافـة الطرق ، وما يترتب على ذلك من آثار على حياة العقد [1]

---

(١) لمزيد من البحث راجع للدكتور – حشيش المرجع السابق فقرة رقم ٢٠٧ .

الفرع الثانى

أنواع القرارات التى تقبل الانفصال عن العقد الإدارى فى مرحلة تنفيذه

عـــــام :

من المسلم به أنه ليست كل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد لا تقبل الانفصال عنه بل هناك قرارات تتخذها الإدارة خلاف نصوص العقد فهذه تقبل الانفصال عنه ويمكن الطعن فيها بالإلغاء أما ما تتخذه الإدارة تنفيذا لنصوص العقد وفى إدارة فهى تتخذه بكونها شخصا متعاقدا فهذه النوعية من القرارات لا تقبل الانفصال عن العقد وبالتالى لا تقبل الطعن عليها بالإلغاء.

وفى القضاء الفرنسى وضع المفوض Tardieu منذ سنة ١٩٠٧ اساس هذه الفكرة حيث قال " أن الأوامر التى توجهها الدولة للشركات تختلف أثارها حسبما إذا كانت متخذة بناء على كراسة الشروط أو بناء على اللوائح وفى الحالة الأولى يجب على الشركة أن تقيم دعواها أمام مجلس المديرية قاضى العقد ، وفى الحالة الثانية فإن شرعية هذه الأوامر يجب أن تبحث فى حد ذاتها مع تجريدها عن العقد ، ولذلك فإن طريق الطعن بالإلغاء هو الذى يجب أن تلجأ إليه الشركات للطعن على قرارات السلطة [١]

وفى مصر :

نجد محكمة القضاء الإدارى تقرر فى أحد أحكامها أن طلب الإلغاء وبالتالى طلب وقف التنفيذ ,

لا يردان إلا على القرار الإدارى الذى تصدره جهة الإدارة مفصحه به عن إرادتها الملزمة أستناداً إلى السلطة التى خولتها إياها القوانين واللوائح أما إذا كان الإجراء صادرا من جهة الإدارة واستناداً إلى نصوص العقد أو تنفيذا له فإن

---

(١) راجع فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٠٧/١٢/٦ Cie du Nord et autres

هذا الإجراء لا يعد قرارا إداريا ، وبالتالى لا يرد عليه طلب الإلغاء أو وقف التنفيذ [1]

أهم التطبيقات القضائية لهذا النوع من القرارات التى تقبل الطعن فيها بالإلغاء رغم تأثيرها على تنفيذ العقد :

١- قبل القضاء الفرنسى الطعن بالإلغاء على إجراءات الضبط العام التى تتخذها الإدارة لتحقيق أهداف الضبط المتمثلة فى حماية الأمن والصحة والسكنية دون تفرقة بين القرارات الفردية والتنظيمية ، ومن أمثلة ذلك استخدام سلطات الضبط لتنفيذ العقد أو لإحلال الجزاءات الجنائية محل الجزاءات العقدية [2]

وفى مصر أصدرت محكمة القضاء المصرية فى ١٩٦٣/١٢/١٥ . حكمها الآتى قررت فيه "بأن قرار وزير التموين بالاستيلاء على الأصناف الموجودة لدى الشركة المتعاقدة عن عملها فى التوريد لا يخرج عن كونه إجراء صدر من الجهة القائمة على شئون التموين باعتبارها سلطة عامة وأستناداً إلى أحكام القانون ، فلا يعتبر هذا الاستيلاء أستعمالاً من جانب الإدارة المتعاقدة لحقها المستمد من العقد [3]

وكذلك استخدام الإدارة لسلطات الضبط لمجاراة تنفيذ الالتزامات العقدية يعد انحرافاً من جانبها فى استعمال سلطتها ويجوز الطعن فى هذا القرار بالإلغاء[4]

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإدارى ١٩٦٠/١٠/٢٠ قضية رقم ١٦٦ لسنة ٣٢ ق مجموعة القضاء الإدارى ١ لسنة ١٥ صفحتى ٧، ٨ وحكم ١٩٥٧/١٢/٢٩ دعوى رقم ٨٦٧ لسنة ١١ ق مجموعة القضاء الإدارى للسنتين ١٢ ، ١٣ صـ ٢٦ .

(٢) راجع فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى ١٩٤٤/٢/٩ص١٤٤ Dame Guilet Cie francaise des chemins de Fern voie etroite صـ ٦٧ ١٩٤٥/٤/٢٧.

(٣) راجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٦٣/١٢/١٥ قضية رقم ١ لسنة ١٧ ق مجموعة ١ لسنوات الخمس صـ ٢٥٨.

٤) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩١٨/١٢/٨ فى قضية Demoiselle Pasteau مجلة القانون العام ١٩٤٩ صـ ٧٣ وراجع كذلك لفقيه جونيدك المقال السابق

وبالنسبة لقرارات فسخ العقود إذا ما اتخذتها الإدارة بناء علـى السـلطات العامة التى تحوزها من القوانين واللوائح مثال على ذلك عقود اشتراك التليفون [1]

وأصبح عقد اشتراك التليفون فى فرنسا من عقود القانون الخـاص منـذ صدور حكم محكمة التنازع فى ١٩٦٨/٥/٢٤ [2] . وكان عقد اشتراك التليفون قبل ذلك من عقود القانون الخاص أما فى مصر فعقود اشتراك التليفـون مـن العقـود المدنية فقد قبلت محكمة القضاء الإدارى الطعن بالإلغاء فـى قـرار الإدارة بقطـع توصيلة المياه والنور عن منزل المدعى المرتبط مع الإدارة بعقد اشتراك إذ أن هذا القرار قد اتخذته الإدارة بصفتها سلطة عامة استنادا إلى القانون رقـم ٦٥٦ لـسنة ١٩٥٤ ولم يصدر عنها كسلطة متعاقدة[3].

– حالة استخدام الإدارة إجراءات نزع الملكية بمناسبة عقد إيجار فمثل هذا القـرار يقبل الطعن بالإلغاء إذ أن الإدارة قد استخدمت سلطة نزع الملكية لهدف آخر غيـر ذلك الذي من أجله خول لها القانون هذه السلطة. [4]

وفي مصر قبل مجلس الدولة الطعن بالإلغاء علي قرار وزيـر الداخليـة برفض التراخيص ببناء كنيسة علي قطعة أرض اشترتها الجمعية الخيرية القبطيـة من مصلحة الأملاك بعقد بيع مدني فمثل هذا القرار قد أصـدرته وزارة الداخليـة بناء علي سلطتها المخولة في القوانين واللوائح [5]

صـ ٧٢ ، وللفقيه لا مارك المرجع السابق صـ ٢٢٠ .

(١) راجع مجلس دولة فرنسى ١٩٢٩/١/٤ فى قضية Ligae des abonnes au.te liphone de Marseille صـ ٢٨ .

(٢) راجع فى حكم محكمة التنازع فى ١٩٥٨/٥/٢٤ فى قضية Prefet du Doubs c, cour d, appel de. Basancon

(٣) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر ١٩٦٠/٦/١٤ قـضية رقـم ٩٣٢ لـسنة ٨ ق مجموعة ١ لسنة ١٤ ق ص، ٣٤٨ وما بعدها

(٤) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٣/٥/٢٠ Bluteau مجلة سيري ١٩٥٣ قسم ٣ صـ٨٠

(٥) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري ١٩٥٢/٢/٢٦ قـضية رقـم ٢٦٩ لـسنة ٤ ق مجموعة ١ لسنة ق صـ٥٠٦

بالنسبة للقرارات الصادرة من سلطة الوصاية الإدارية في غير حالة الحلول فإن مثل هذه القرارات تقبل الطعن بالإلغاء مثل قرارات التراخيص والتصديق على الإجراءات التى تتخذها الإدارة المتعاقدة وتتعلق بتنفيذ العقد أو فسخه أو تسوية المراكز المتولدة عنه ، وقد قبل مجلس الدولة في فرنسا طعنا بالإلغاء على الصندوق الابتدائى للأمن الاجتماعى وآخرين ضد قرارا وزير العمل باعتباره سلطة وصاية لإلغاء الاتفاق المبرم بين الطاعن وبين صناديق جراحية أخرى [1]

ويلاحظ أن كافة القرارات التى تصدر من غير السلطة المتعاقدة لا تعتبر من ضمن عناصر العد لأن العملية العقدية هى رابطة بين طرفي الاتفاق وما يصدر من غير أطراف العقد لا يدخل فى تكوين هذه العملية ، وبالتالى لا تتحرك المسئولية العقدية للإدارة المتعاقدة بصفتها سلطة ضبط أو لوضع لوائح معينة لعدم وجود تلازم حتمى بين هذه الإجراءات والعملية القانونية فالإجراءات اللائحية تمتد أثارها إلى ما بعد انتهاء العقد ، وأن الأعمال التعاقدية لا تعد من عناصر العملية القانونية ، وكذلك الأمر بالنسبة للقرارات الفردية التى تتخذها الإدارة المتعاقدة كسلطة ضبط فإن هذه القرارات تهدف إلى تحقيق عملية أخرى هى عملية الضبط[2].

خلاصة ما تقدم :

يتبين مما تقدم إنه ليست كافة القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد لا تقبل الانفصال عنه وبالتالى يطعن عليه بالإلغاء إنما هناك قرارات تتعلق بهذه العملية

---

(١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادرفي١٥/١٢/١٩٦٧
Minstere du ضـ autres Caisse chirurgicale Mutuelle de la. Giron de .et. actualite – juridique droit- منشور بمجلة Braibant مع تقرير للمفوض travaile administraitf - صـ١٩٦٨ قسم ٢ صـ١٣١وما بعدها.

(٢) يراجع في ذلك / دي لوبادير عقود – جزء ٢ صـ ٣٢١ وما بعدها .

وتقبل الانفصال عنها وهى القرارات التى تصدرها جهة الجهة بصفتها غير المتعاقدة ومتى كانت تتعلق بالنظام العام أما ما يصدر من جهة الإدارة بصدد عملية تنفيذ العقد من قرارات مستمدة من نصوص العقد وفى إطاره فهى لا تنفصل ولا تقبل الطعن فيها بتجاوز السلطة .

المطلب الخامس

مدى تطبيق أسباب الطعن بأسلوب تجاوز السلطة على القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإدارى

قد يشوب القرار المنفصل فى العقد الإدارى سبب من أسباب عدم المشروعية لعيب الانحراف أو عدم الاختصاص و من ثم فإن الطعن فيه لتجاوز السلطة فى مثل هذه الحالة يكون مقبولا .

ورغم ذلك إلا أن الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسى تجرى على رفض الطعن على القرار المنفصل على العقد الإدارى المقدم من الطاعن المؤسس على وجه المشروعية [1] ويساير القضاء المصرى لمجلس الدولة الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسى .

وكذلك الأمر حالة مخالفة اشتراطات العقد الإدارى ذاته حيث إن مبدأ عدم قبول الطعن لتجاوز السلطة ضد القرارات الصادرة بمناسبة تنفيذ العقد فدعوى الإلغاء هى جزاء لمبدأ المشروعية ، أما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية فهى التزامات شخصية بالإضافة إلى أن العقد الإدارى ليس قاعدة قانونية .

إلا أن الأستاذ بيكينو ذهب إلى القول " بأن العقود الإدارية تعد من مصادر الشرعية بالإضافة إلى أحكام القضاء والقواعد القانونية وينتهى إلى أن عبارة مخالفة القانون كما يفهما الطعن لتجاوز السلطة ترمى إلى أن يكون معناها التعبير عن كل قاعدة قانونية مترتبة من مركز قانونى سابق مهما كانت طبيعة هذا المركز ، وعلى ذلك يكون الطعن مقبولا سواء ضد القرارات الإدارية المنفصلة التى

---

(١) انظر جونيدك – المقالة السابقة ص ٧٢ .

ساهمت فى تكوين العقد ، وكذلك من إجراءات التنفيذ التى تتخذها الإدارة بإدارتهـا المنفردة (٢)

ومن الفقه المصرى يقول الدكتور / محمود حـافظ " إن القـرار الإدارى الذى تتخذه الإدارة والمخالف لشروط عقد مرتبطة به تعتبر مخالفة للقـانون لأنـه يهدر مبدأ قانونيا عاما هو العقد شريعة المتعاقدين فلا يعدل إلا باتفاقهمـا ، وكـان مؤدى ذلك قبول الطعن بسبب تجاوز السلطة ضد هذا القرار .

ورأينا فى هذا الموضوع :

إذا كان هناك أوجه تشابه بين العقد المدنى والعقد الإدارى إلا أنـه لـيس معنا ذلك أن كافة المبادئ التى تحكم العقد المدنى تسرى على العقد الإدارى ، وعلة ذلك أن للعقد الإدارى طبيعة قانونية ولائحيـة للإجـراءات التـى تتخـذها الإدارة مستخدمة السلطات المخولة لها فى تنفيذ عقودها ، وبناء على ذلك لا يمكن تطبيـق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بمفهومه المطلق على العقـد الإدارى بـل لابـد مـن مراعاة الطبيعة الذاتية للعقد الإدارى .

وبناء على ما تقدم فنحن نحبذ خضوع كافة الإجراءات التى تتخذها الإدارة أثناء تنفيذ العقد بالمخالفة للشرعية للقضاء الكامل بالنسبة للمتعاقد وللغير الالتجـاء إلى الطعن بتجاوز السلطة للطعن على هذه الإجراءات .

---

(٢) يراجع فى ذلك د. / محمود حافظ – القرارات الإدارية صـ ٩٦ .

المبحث الثالث

فسخ العقد الإداري

ونطاق قضاء الإلغاء بشأنه

عـــــام :

الجهة الإدارية المتعاقدة الحق في فسخ العقد ، ولكن ممارسة هـذا الحـق لجهة الإدارة تختلف عن فسخ العقد حين كونه كجزاء توقعـه جهـة الإدارة علـي المتعاقد حال ارتكابه خطأ جسيما أو إخلالا جسيما بالتزاماته .

فإلغاء العقد أو إنهائه يعني حق الإدارة في أن تنهي العقد أثناء سـريانه أو قبل انتهاء مدته ، إذا ما أدرج في العقد مدة معينة لإنهائه دون أن يتوقف ذلك علـي ارتكاب المتعاقد لأي خطأ ممن كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك من وجهة نظـر الإدارة ، وهذا ما يسمي بالمعني العام باسم " السلطة العامة للفسخ " (١) Pouvoir general de resiliation

وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي حق الإدارة في أن تفسخ عقودهـا منفـردة منذ زمن بعيد وأيده في ذلك الفقه (٢) . وطبق قضاء مجلس الدولة الفرنـسي هـذا المبدأ علي كافة العقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة . فهناك قضاء مستقر فـي هذا الشأن خاص بموضوع عقود التوريد العامة (٣) . وعلي سبيل المثـال عقـود تقديم المعاونة للإدارة فقد قضي المجلس في الكثير من أحكامه بحـق الإدارة فـي إجراء الفسخ من جانبها .

---

(١) De laubadere du, pouvoir, d, l, administration d, imposer un later lement des changements op. Cit p. ٥٤

(٢) Saroit Badaoui op. Cit. p ٢٧

(٣) نذكر علي سبيل المثال من هذه الأحكام الحكم الصادر في ١٢ من مارس سنة ١٨٦٤ مـن مجلس الدولة الفرنسي " بأنه يحق لوزير التعليم العام أن يفسخ عقدا كان قد أبرم مع أحـد الأفراد للقيام بنشر جريدة للمدرسين في غير الحالات الواردة والمنصوص عليها في ذلـك العقد " راجع في ذلك C.E ١٢ mars ١٨٦٤ – Diopon . D.p ١٨٦٤-٣-٨٦

كذلك الشأن فيما يتعلق بالأحكام الصادرة في موضوع شغل الوظيفة العامة ، وفي عقود الأشغال العامة وأخيرا في العقود الإدارية غير المسماة [١]

وفي القضاء الإداري المصري :

أبرزت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩٥٧/٦/١٦ سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري فقالت : -

" إن سلطة الإدارة التي تتمتع بها في فسخ العقد الإداري من جانبها وحدها هي من أبرز الخصائص التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني . فأحكام العقد المدني تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، بينما في العقود الإدارية يجوز للإدارة أن تفسخ العقد بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا جدت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك ، كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام . وحق الإدارة في الفسخ غير مقصور علي حالة النص عليه في العقد ، بل هو حق مقرر للإدارة حتي في حالة عدم وجود نص في العقد ودون صدور خطأ من المتعاقد . وهذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقوم علي فكرة المرفق العام ، إذا ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها ، والإدارة دون سواها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق ، إلا أنه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ دون خطأ من المتعاقد معها حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب هذا الفسخ طبقا للمبادئ العامة في التعويض .[٢]

وسوف نبحث في هذا الموضوع أساس حق الإدارة في فسخ العقد الإداري

---

(١) C.E ٢٢ janvier ١٩٤٠ – De Gerondo . DP.. ١٨٤٠١٣-١٠٤ .
C.E ٢٩ juillet ١٩٢٧ ville la Rochelle R.P. ٩٦٦
C.E ٢٤ jainaier ١٨٤٩ – Henichs – R.P. ٦٥
C.E ٦ fevrier ١٩٢٥ De mouchy – R.P. ١٢١

(٢) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨٦٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٧/٦/١٦ ، وراجع كذلك (سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري) للدكتور علي الفحام

ثم في نقطة ثانية نبحث فيها الآثار التى تترتب علي ممارسة جهة الإدارة لـسلطتها في إنهاء العقد الإداري.

الأساس القانوني لحق الإدارة في فسخ العقد الإداري :

ذكرنا فيما سبق أن ممارسة جهة الإدارة لحقها في فـسخ العقـد الإداري بإرادتها المنفردة هو أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني ، ومناط ذلك هـو احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسيره ، وهذا الأساس السابق هو نفـس الأساس الذي يسمح للجهة الإدارية بتعديل شروط العقد ، وهذا ما يعبر عنه بفكـرة المصلحة العامة التي تمثل سبب أو مبرر إلغاء العقد .

ومن ثم يضحي حق الإدارة في إلغاء العقد الإداري وتعديل شروطه حقـا أصيلا مخول لها بقوة القانون ، ولو لم ينص عليه صراحة في العقـد وأي شـرط يرد في العقد علي خلاف ذلك يعد باطلا .

وللجهة الإدارية المتعاقدة سلطة تقديرية في استعمال في إلغاء العقـد مـن عدمه لأنها هي الأقدر علي تقدير حاجات المرافق العامة الخاضعة تحت إداراتها ، إلا أن ذلك منوط بوجود مصلحة عامة تقتضيه . لذلك فإن هذا الحق المخول لجهـة الإدارة يخضع لقيد عدم الإنحراف في استعمال السلطة ويجب أن يكـون للأسـباب التي تستند إليها جهة الإدارة في إلغاء العقد أساس فـي الأوراق [1] ، وإذا تحقـق للقضاء الإداري أن الإدارة ألغت العقد دون ان يكون هنـاك أي مـصلحة عامـة تقتضي ذلك فإنه يحكم بالتعويض الكامل للمتعاقد الذي يضر هذا الإلغـاء بحقوقـه المالية .

كان هذا اتجاه القضاء الإداري المصري في أساس حق الإدارة في إنهـاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد .

---

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم ٦٧٠ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٣ ، وحكمها رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٦١/٦/٢٥

أما في الفقه والقضاء الفرنسي فنري الآتي :-

فيذهب الأستاذ دي لوبادير إلي أنه عنـــدما يكـــون تنفيـــذ العقـــد الإداري متعارض مع المصلحة العامة أي لم يعد يتفق وحاجـــات المرافـــق العامـــة ، فـــإن الإدارة تكون لها الحرية في إلغاء العقد بإرادتها المنفردة مع الاحتفاظ بالتعويـــضات اللازمة للمتعاقد الذي يضر من نتيجة إلغاء هذا العقد برغم من وجود نـــص يحـــدد أجلاً معينا له .

ويضيف الفقيه السابق أن هذه المكنة ليس صحيحا أنها تميز العقد الإداري عن العقد المدني مستندا في هذه الحجة إلي نص المادة ١٧٩٤ من التقنين المـــدني الفرنسي باعتبارها خير شاهد علي حق رب العمل في فسخ العقد ومضمون الـــنص كالآتي " لرب العمل بإرادته المنفردة أن يفسخ عقد العمل الجزافي حتي ولو كـــان العمل قد شرع فيه .

Le maitre peut resilier par sa simp le volonte le marche a for fait quoi que l, ouvrage soit de ja-commence. (١)

وذهب القضاء الإداري الفرنسي علي أن حـــق الإدارة فـــي فـــسخ عقـــد الأشغال العام، ليس تطبيقا للمادة ١٧٩٤ من القانون المدني الفرنسي بل هو حـــق الإدارة في الفسخ مع حفظ حق المقاول في التعويض (٣) .

علي أن هناك أحكاما أخري لمجلس الدولة الفرنسي توسع من مـــدى هـــذا المبدأ الذي قرره القضاء السابق فقد ذهب حكم ٩ من ديسمبر سنة ١٩٢٧ إلي أنه " وإن كان متعلقا بعقد أشغال عامة وجاء بالصيغة العمومية علي ذلك ، بأن الفسخ لم يكن يحدث إلا بمقتضي السلطة العامة التي تملكها الإدارة في الفسخ إذا مـــا كانـــت تري في ذلك فائدة تعود علي العقود التي تبرمها الإدارة لصالح المرافق العامة (٣).

يري الأستاذ دي لوبادير أن هذه العمومية في الـــصيغة (عقـــود أبرمتهـــا

---

(١) راجع في ذلك للدكتور / علي الفحام (سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري).

(٣) De laubadere – op – cit – p. ٤٥ et ٤٦

(٣) C.E ٩ decembre ١٩٢٧ Gargiu la precite .

المرافق العامة Marches passes pour les services pulices تأيـدت هـذه العبارة من جانب المجلس العديد من الأحكام فهي تسري علي جميع العقود [٤]

وصدرت العديد من أحكام المجلس عقب الحرب العالمية الأولي تعتـرف للإدارة بحقها في فسخ عقودها التي كانت قد أبرمتها مع بعض الموردين لإمـدادها بتوريدات حربية بسبب انهيار القتال [١] .

وجاء في تقرير المفوض " char dennet " في القضية الـشهيرة لغـاز بوردو سنة ١٩١٦ قوله " تستطيع الإدارة في عقد الأشغال العامة أو التوريد دائمـا أن تفسخ العقد مع منح تعويض للمقاول أو المورد ما لم يكن هنـاك خطـأ علـي عاتقه[٢] . وبعيدا عن مجال عقود الأشغال العامة أو التوريدات فقد طبـق مجلـس الدولة مبدأ السلطة العامة في الفسخ الإداري .

Le Principe du pouvoir general de resilation administrative .

في نزاع ٣ من يوليو سنة ١٩٢٥ وهو يتعلق بقيـام الإدارة بفـسخ عقـد إيجار مزرعة ومدرسة معا . وطبق المجلس الفسخ باعتباره جزاء منصوصا عليـه في العقد لا يؤخذ به لعدم وجود خطأ جسيم علي المتعاقد مع التعويض اللازم [٣] .

وهكذا يعترف القضاء للإدارة بسلطة تقديرية في فسخه بعد أن أبرمتـه إذا أضحى غير مجد للمرفق العام .[٤]

الآثار التي تترتب علي إلغاء العقد من جانب الإرادة المنفردة لجهة الإدارة :-

بإصدار جهة الإدارة قرارها بإلغاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة نظـرا لما تلمسه من انتفاء المصلحة العامة من تنفيذ هذا العقد تنحل الرابطـة التعاقديـة ،

---

(٤) A de laubadere du pouvoir de l, adminis tration d, imposer unilatera lement – op. Cit- p.٤٦

(١) C.E ٨ juiller ١٩٢٥ chantiers de la loire . R.p ٦٥٠

(٢) Conncl chardemennet sois C.é Mars ١٩١٦ –compagnie generale. d. Ee lerage de Bordeaux R.P ١٢٣- ٥- ١٩١٦,٣,١٤

(٣) C.E ٣ juillet ١٩٢٥ de Mestrale . d. p. ١٩٢٦ – ٣/ concl chen – Salvador – Note – trotabas

(٤) A- de laubadere – op- cit – p. ٤٧ et ٤٣

ويعود طرفي التعاقد إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، وإذا استحال هذا الأمر حكم القاضي بالتعويض لمصلحة المتعاقد مع الإدارة نظرا لإنعدام دوره في إلغــاء العقد الذي أبرمته معه جهة الإدارة .

وفي كل الأحوال من حق المتعاقد مع الإدارة حالة إلغاء العقد من جانــب الجهة المتعاقدة أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر وما فاتــه مــن كــسب نتيجة إلغاء العقد [1]

كما تفسخ العقود الإدارية بإحدى الصور التالية : -

أ- الفسخ باتفاق الطرفين على إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعيــة وذلــك بموافقــة الإدارة المتعاقدة ومن تعاقدت معه ، وسواء كان الفسخ مقابل تعويض أو بــلا تعويض .

ب- الفسخ بقوة القانون وذلك فى حالة هلاك محل العقد ، أو تحقق شروط معينــة منصوص عليها فى العقد أو فى القوانين واللوائح و هنا يتحقق فــسخ العقــد بقوة القانون من تاريخ تحقق تلك الشروط .

جـ- الفسخ القضائى ، والذى يحكم به القضاء بناء على طلب أحد الطرفين أمــا بسبب القوة القاهرة ، أو كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية من جانب المتعاقــد ، أو لمواجهة سلطة الإدارة فى تعديل شروط العقد إذا أدى هذا التعــديل إلــى قلــب اقتصاديات العقد رأسا على عقب أو إلى تغيير جوهر العقد بحيث يصبح المتعاقــد وكأنه أمام عقد جديد ما كان يقبله لو عرض عليه عند التعاقد بداية " .

(نطاق رقابة المشروعية على القرار المتصل بفسخ العقد)

ويلاحظ خضوع الإدارة فى ممارسة حقها فى فسخ العقد لرقابــة القــضاء الإدارى حيث يتحقق فى مدى جدية الأسباب التى دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد فإذا تبين للقاضى أن الإنهاء قام على سبب غير مشروع أو أن الإدارة اســتهدفت غيــر

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠ ، وحكمها الصادر في ١٩٧٠/٤/١١

المصلحة العامة من إنهاء العقد ، فله أن يحكم بعدم مشروعية هذا الإنهاء ، وفي مثل هذه الحالات للمتعاقد مع الإدارة أن يحصل على التعويض اللازم ، إذا ترتب على الإنهاء حصول أضرار أو خسائر للمتعاقد .

ويظهر دور قضاء الإلغاء جليا فى فسخ العقد إذا كان القرار الطعين يرجع إلى إصابته بأحد أوجه بطلان القرارات الإدارية وقابلته للانفصال عن العقد خاصة إذا كان مخالفا للقوانين واللوائح فإن مجال الطعن فيها يكون عن طريق استعداد ولاية الإلغاء .

وتطبيقا لذلك اعتبر القضاء الفرنسى القرارات الصادرة بإنهاء العقد قابلة للانفصال عن العملية العقدية ، وإن مجال الطعن فيها يكون أمام قاضى الإلغاء (1). وقد سار القضاء المصرى على نفس النهج منذ إنشائه فقبل مجلس الدولة الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر بفصل عامل تعاقدى (2) .

ويلاحظ أن استخدام الإدارة لسلطات الضبط لمجازة تنفيذ الالتزامات العقدية يعد انحرافا من جانبها فى استعمال سلطتها ويجوز الطعن فى هذا القرار بالإلغاء خاصة القرارات المتعلقة بفسخ العقود إذا ما اتخذتها الإدارة بناء على السلطات العامة التى تحوزها من القوانين واللوائح ، ومن أمثلة ذلك عقود اشتراك التليفون (3) .

---

(1) مجلس الدولة الفرنسى ١٩٤٨/٦/٩ ، Cousin, صـ ٢٥٤ ، وكذلك حكم المدلس الصادر فى ١٩٤٨/١٢/٨ Dlle Pasteau صـ ٢٦٤

(2) محكمة القضاء الإدارى ١٩٥٢/١/٢٤ قضية رقم ١٠٥ لسنة ٤ ق مجموعة السنة ٦ صـ ٣٧٧ .

(3) مجلس الدولة الفرنسى ١٩٢٩/١/٤ . Ligne des abonnes au telephone de Marseille صـ ٢٨ ويلاحظ أن عقد اشتراك التليفون فى ذلك الوقت كان يعتبر من عقود القانون الخاص إلا أنه أصبح عقدا إداريا نظرا لطبيعة تنظيم مرفق البريد والتلغراف والتليفون وذلك من صدور حكم محكمة التنازع فى ١٩٦٨/٥/٢٤ . pre fet du doubs c/cour.cd appel de Besancon مجلة Juris – classeur periodique سنة ١٩٦٨ قسم ٢ مع تقرير للمفوض Gegout وتعليق Defau

وقد قبلت محكمة القضاء الإدارى الطعن بالإلغاء فى قـــرار الإدارة بقطـــع توصيلة المياه والنور عن منزل المدعى المرتبط مع الإدارة بعقد اشـــتراك . إذ أن هذا القرار اتخذته الإدارة بصفتها سلطة عامة استنادا إلى القانون رقم ٦٥٦ لـــسنة ١٩٥٤ ولم يصدر عنها كسلطة متعاقدة(٤) .

خلاصة ما تقدم :

أن ما ينطبق من القواعد العامة بشأن مدى قابلية الطعـــن بالإلغـــاء علـــى القرارات المنفصلة الصادرة فى صدد إبرام العقد الإدارى أو تنفيذه ينطبـــق كـــذلك حالة صدور القرارات الإدارية بشأن فسخ العقد الإدارى .

(٣) محكمة القضاء الإدارى ١٩٦٠/٦/١٤ قضية ٩٣٢ لسنة ١١ ق مجموعة لسنة ١٤ صــــ ٣٤٨ وما بعدها .

المطلب الرابع

مدى إجازة الطعن بالإلغاء فى العقد الإدارى ذاته

يبدأ بحث هذه المسألة بسؤال يدور حول مدى التعارض بين العقد والطعن بتجاوز السلطة ؟ وما المانع من استعمال طريقة الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد العقود التى تكون مشوبة بعيب من عيوب عدم المشروعية ، ومن أمثلة ذلك العقود الموقعة من سلطة غير مختصة وكذلك العقود المبرمة بدون اتباع واحترام إجراءات التعاقد المنصوص عليها ... إلخ.

اختلف الفقهاء فى بيان أوجه التعارض والاتفاق بين العقد والطعن لتجاوز السلطة. فقد ذهب الفقيه "Waline" إلى أن قضاء تجاوز السلطة غير مفهوم وغير مفسر [1] وذهب الفقيه " جيز " إلى أن قضاء تجاوز السلطة واضح [2] أما التبرير الوحيد المختصر للأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسى التى ترفض قبول الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية هو الصفة التعاقدية لهذا التصرف فهى التى تقف فى طريق ممارسة الطعن لتجاوز السلطة ضد العقد . [3]

ومن المسلم به فى الفقه والقضاء الفرنسى أن هناك تعارضا بين العقد والطعن بتجاوز السلطة فمن ناحية طبيعة الطعن بالإلغاء لا يوجه إلا ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإدارى التى تساهم فى تكوين العقد . فمنذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية L'evieux . فقد استقر فى الضمير القانونى عدم قبول الطعن ضد العقد بأسلوب تجاوز السلطة حتى ولو قدم من أحد المتعاقدين [1]

---

(١) Waline Manuel – de – Dr – Adm- ٤- ed – ٥ – ١٩٤٦. P. ١١٧.

(٢) Jeze les prinapes generax de – Dr – Adm – T. Tv. P. ٣٥٣ et. ٥-tome – ١١ – p. ٩٦٤ et – s

(٣) C.E. ١١ Janvier ١٩٦١ , Barbaro.

(١) يراجع فى ذلك للفقيه / جونيدك – المقالة السابقة ص ٦٩ ، وما بعدها / وكذلك للفقيه م دى لوبادير جـ ٣ عقود ص ٣٢١ هامش .

وانظر كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية L'evieux الصادر فى ١٩ من مايو سنة ١٨٩٩ ، وانظر كذلك للدكتور/حشيش المرجع السابق قرة ١١٥ .

وأرجعوا أسباب عدم دخول العقد فى قضاء تجاوز السلطة إلى الآتى :

١- إن العقد عمل تبادلى والطعن لتجاوز السلطة لا يوجـد إلا ضـد القـرارات الإدارية المنفردة actes – unilatearls .

٢- والسبب الثانى يرجع إلى قواعـد الاختـصاص فهنـاك الطعـن المـوازى recours – parallele فالعقد الإدارى له طريق طعن آخر هـو القـضاء الكامل ، أما من لم يستفد بطريق الطعن الموازى مثل (الغير) فقد سمحت لهم نظرية القرارات المنفصلة فى قضاء العقود الإدارية بقبول الطعن المقدم منهم – وكذلك من المتعاقدين ضد القرارات المنفصلة التى تساهم فى تكوين العقد .

وأضافوا بأن هناك تعارض بين العقد والطعن بالإلغاء عليـه مـن الناحيـة القضائية وبيان ذلك أن قضاء تجاوز السلطة فى مادة العقود الإدارية يشمل القرارات السابقة على تكوين العقد نهائيا بما فى ذلك قرار إبرام العقد ذاته ، وهنا نجد أن قاضى تجاوز السلطة يباشر رقابة معينة جزئية داخلية لصحة العقد دون أن يعد ذلك بمثابـة مهاجمة للعقد ذاته بأسلوب تجاوز السلطة .

وفى والواقع أنه لا يوجد تفسير مقنع لهذا القضاء الرافض . والذى لم يخرج عليه إلى حكم لمجلس الدولة الذى صدر عام ١٩٨٢ [٢] . ولكن هذا الحكم لم يأتى بأى نتيجة تعالج هذا الرفض [٣] وعكس الاتجاه السابق فهناك من ينكر وجـود ثمـة أى تعارض بين العقد ، والطعن بتجاوز السلطة ويستند أنصار هذا الرأى إلى مـدى مـا للمدعى من التمسك بالبطلان حالة عدم شرعية نصوص العقد ، وهنا يسمح لقاضـى تجاوز السلطة إبطال العقد غير المشروع ، وللغير خاصة المنتفعين بالمرافق العامـة المدارة بأسلوب الالتزام الحصول بالطعن بتجاوز السلطة على تنفيذ العقد أو أبطـال الأعمال التعاقدية التى تباشرها الإدارة [١].

---

(٢) C.E. sect ٧ juillet ١٩٨٢, comm. De Guidel. D.a. ١٩٨٢ wo. ٢٩٤ R. D. P. ١٩٣٩.

(٣) D. pouyaud la nullite des cntrats–administra. Tifs–Paris l. G. d. J. ١٩٩١, No ٤٠٥ et SD. DE Bechillon Le contentievx administratif–de l'annulation en matier contractuelle. L.P. A١٤ Mai–١٩٩٠ P.١٠

(١) من أنصار هذا الرأى الفقيه بيكينو – راجع فى ذلك رسالته السابقة ص ٥٧٣ وما بعدها ص

وفى تطور حديث لقضاء مجلس الدولة فى فرنسا قبل الطعن المقدم مباشرة من المنتفعين بالخدمات التى يقدمها مرفق عام متعاقد مع الإدارة بعقد امتياز ، ولكن يلاحظ أن هذا الطعن يتعلق بالشروط اللائحية فى العقد [٢] وليس بالشروط العقدية فهذه لا تقبل الطعن بالإلغاء [٣] كما قبل مجلس الدولة الفرنسى الطعن المقدم من الغير فى عقود توظيف العاملين العموميين غير المثبتين ، لأن مثل هذه العقود هى فى حقيقة الأمر ليست عقودا بالمعنى المفهوم لكلمة عقد ، وإنما هى من قبيل القواعد العامة للتوظيف مما يجعل المتعاقدين مع الإدارة فى وضع تنظيمى لائحى أكثر منه وضع تعاقدى اتفاقى [٤]

ومع ذلك قبل طعن الغير المنتفع من عقد امتياز بين الإدارة وإحدى شركات الالتزام بإنشاء وإدارة أحد الطرق السريعة ، وكان الطعن منصبا على شروط تعاقدية . [٥] هذا ما كان عليه الوضع فى فرنسا .

أما بالنسبة لمصر :

فإن القضاء الإدارى يقبل الطعن بالإلغاء فى القرارات المتعلقة بعملية التعاقد طالما أمكن فصلها عن العملية ذاتها . أما القرارات التى لا يمكن فصلها عن عملية التعاقد ذاتها ، فلا يقبل الطعن فيها على استقلال ، وبالتالى فإن المنازعات المتعلقة بها تدخل فى منطقة النزاع العقدى ، ولا يمكن أن يرد عليها طلب الإلغاء [١]

والقاعد التى تحكم.هذا الموضوع وحدة بنيان العملية العقدية ذاتها وعدم

---

٥٨٢ ، ص ٥٨٤ ، ص ٥٩٧ ، ص ٥٩٨ .

(٢) أنظر C.E. ١٠ juillet ١٩٩٦ – cayzeele. Rec. P.٢٧٤ precite.

(٣) أنظر C.E. mars ١٩٩٧. Gascogm. R. F. D. A. ١٩٩٧. P. ٣٤٩ Note. O Delvolve

(٤) أنظر C.E. Ass ٣٠ October ١٩٩٨, Ville de lisieux R. F. A. ١٩٩٩, Concl. J. H. P. ١٢٨

(٥) C.E. Ass. ٣٠ October ١٩٩٦ Mme Monnier. A. l ١٩٩٦. P. ١٠٤١

(١) أنظر حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بتاريخ ٢١ إبريل ١٩٦٣ .

قابلية أى جزء فيها للانفصال عنها ، إلا فى النادر جدا . وعلى ذلــك فــلا يقبــل الطعن بالإلغاء فى العقد ذاته [٢] . أو فى مشروعيته أو فى صحته أو فى شروطه أو فى تنفيذه [٣]

وكذلك لا يقبل الطعن بالإلغاء فى قرار فسخ العقد أو فى انقــضائه [٤] لأن هذه كلها أعمال لا يمكن فصلها عن العقد ذاته ، وهى من ذات طبيعة تعاقدية .

ومن ناحية أخرى فإن أمام أطراف العقد طريق الطعن أمام قاضى العقــد ولهذا القاضى كل السلطات فى هذا النزاع .

ورغم هذا الاتجاه للقضاء الإدارى المصرى إلا ان هناك حكما منفردا كان قد صدر من محكمة القضاء الإدارى منذ زمن بعيد ، قبلت فيــه محكمــة القــضاء الإدارى طعنا مقدمة أمام دائرة الإلغاء الخماسية بفسخ أحد العقود ، واستندت فــى قبولها لمثل هذه الدعوى إلى القول بأن هذه الدعوى لا تعدو فى حقيقتها أن تكــون دعوى إلغاء ضد العقد ، أيا كانت صياغة طلبات المدعى . [٥]

ونحن نؤيد اتجاه محكمة القضاء الإدارى فى هذا الحكم الجــرئ ونــستنكر القول بعدم خضوع العقد الإدارى فى ذاته للطعن بالإلغاء لعدم وجود دليل مقنع فــى هذا المنع من قبول دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته ، وحجتنا فى ذلك أن العقد الإدارى قد يشوبه أحد عيوب عدم المشروعية التى قد تــشوب القــرار الإدارى مثــل عــدم مشروعية إجراءات التعاقد ذاتها مثل توقيع العقد من سلطة غير مختصة ، ومثل إبرام العقد دون إتباع أو احترام إجراءات التعاقد المنصوص عليها فى القانون .

---

(٢) أنظر حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٤٧ ، قــضية رقــم ٢٨٩ الــسنة الأولى قضائية ، مجموعة السنة الثانية ص ١٦٣ .

(٣) أنظر حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٠ يناير ١٩٦١ ، قضية رقم ٢٠٥ السنة الثانيــة عشرة قضائية ، مجموعة السنة الخامسة عشر ص ١٠١ .

(٤) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٢ مارس سنة ١٩٩٤ ، طعن رقم ١٦٤٥ الــسنة السادسة والثلاثون قضائية .

(٥) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٨ مارس ١٩٥٤ ، قضية رقــم ١٩٠ لــسنة ٧ ق مجموعة ١ لسنة الثامنة ص ٨٨٠ .

وإذا كان للمتعاقد الالتجاء إلى قاضى العقد للطعن على العقد المشوب بأحد عيوب عدم المشروعية (عيب الاختصاص – عيب الشكل – عيب المحل – عيب مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة) فلماذا نحرم الغير من استعمال حق الطعن بالإلغاء ضد العقد الإدارى المشوب بأحد عيوب عدم المشروعية عندما تتولد له المصلحة فى ذلك خاصة ؟ [1]

هل تخضع عقود الإدارة الخاصة للطعن لتجاوز السلطة ؟

رفض مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من المتعاقد ضد قرار الإدارة بفسخ عقد إيجار " لأن الدعوى المقامة لا يمكن رفعها سوي أمام المحاكم القضائية إلا إذا أوقفت (هذه المحاكم) الفصل في الدعوي لحين الفصل في المسائل الأولية التي تثار أمامها [2]

وفي مصر قضت محكمة القضاء الإداري بنفس المبدأ بالنسبة لقرار فسخ عقد اشتراك في تليفون فقررت في حكم لها " إذا كانت مصلحة التليفون عندما أصدرت أمرها بفسخ عقود الاشتراك ونزع التليفونات من أماكنها لم تستند في إصدار ذلك الأمر إلي سلطتها الإدارية بل إلي حقها المستمد من عقد الاشتراك . فهي إذا تصرفت علي هذا الوجه لا يعتبر تصرفها قراراً إداريا مما يجوز الطعن فيه .... أمام المحكمة بل يعتبر من قبيل التصرفات المدنية ... التي لا تختص هذه المحكمة بنظرها .[3] كما يلاحظ أنه لا يجوز الطعن بتجاوز السلطة في قرارات سلطة الوصاية الإدارية حتي في غير حالة الحلول .

وتطبيقا لذلك صدر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٥٤/٤/٢ حيث ورد فيه " صدور قرار من أحد المجالس البلدية بالترخيص للعمدة بتحصيل دين البلدية

---

(١) أنظر حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٤ فبراير ١٩٦٢ قضية رقم ٦٧٣ لسنة ٩ ق ، مجموعة الخمس سنوات ص ٣٦ .

(٢) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٢٤/٦/١٤ في قضية lagris

(٣) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٩/٢/٣ قضية رقم ١٠٢ لسنة ٢ ق مجموعة ١ لسنة ٢ ص ٣٠٢

علي شركة متعاقدة معها تنفيذاً لنصوص العقد – فطالبت الشركة من مدير الإقليم باعتباره سلطة وصاية إلغاء هذا القرار ، وإزاء رفض المدير قامت الشركة المتعاقد بطلب إلغاء قرار الرفض أمام قاضي الإلغاء الذى لم يقبل هذا الطعن طالما أن الشركة تملك الالتجاء إلي قاضي العقد للنزاع في مدي استحقاق الدين للأداء وفي طرق التنفيذ [1]

ورفضت محكمة القضاء الإداري في مصر الطعن المقدم في قرار الإدارة برفض التنازل الصادر من صاحب عقد اشتراك تليفون إلي آخر لأن هذا الإجراء لا يعتبر قراراً إدارياً مما يجوز طلب إلغائه بل يعتبر من قبيل التصرفات المدنية[2]

ورفضت ذات المحكمة الطعن في القرار الصادر بإخلاء المتعاقد بالطريق الإداري من الشونة المؤجرة إليه لأن هذا القرار الصادر من مصلحة الأملاك الأميرية تنفيذا لعقد الإيجار ... إذ لم تستند في ذلك إلي سلطة عامة خولتها إياها القوانين واللوائح [3] برغم ما تقدم ألا أن القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر خرج علي قاعدة عدم قابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود للانفصال في حالات نادرة استثنائية ففي فرنسا قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء المقدم من إحدي البلديات ضد قرار المدير الذي مارس فيه سلطة الحلول بأن ادرج في ميزانية المجلس البلدي الاعتماد اللازم لتغطية مستحقات شركة مرتبطة مع البلدية بعقد مدنى ، وقد ورد في حيثيات الحكم أن هذا القرار الإداري الذي تنازع البلدية في شرعيته ينفصل عن العقد الذي هو طرف فيه [4].

---

(١)يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٤/٤/٢ liexension de ponis ste مجلة سيري ١٩٥٤ قسم ٣ ص ٦١.

(٢) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٩/٣/١٠ قضية رقم ٢٣٩٣ لسنة ٩ ق مجموعة القضاء الإداري السنتان ١٢، ١٣ ص ١٧٤

(٣) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري ١٩٦١/٣/١٤ قضية رقم ٩٨٨ لسنة ١٤ ق مجموعة القضاء الإداري ١ لسنة ١٥ ق ص ١٦٧

(٤) يراجع في ذلك مجلس الدولة الفرنسي ١٩٤٢/١٠/٢١ في قضية ص ٤٧٢ Commune de founitenay – Sous . Bois

والعبرة في التفرقة بين القرارات الصادرة بين الهيئة اللامركزية وبين تلك المقدمة من الطرف الآخر في الرابطة العقدية فإذا كان الطعن ضد قرار سلطة الوصاية الإدارية بالحلول مقدما من الشخص اللامركزي فإنه ينبغي قبوله لأن صفة هذا الشخص تعتبر من الغير الذي لا يرتبط مع الإدارة بأي رابطة عقدية وبالتالي ليس له الالتجاء إلي دعوى المسئولية العقدية ويكون أمامه سوي الالتجاء إلي قاضي الإلغاء إذا ما خالف قرار الوصاية بالحلول حدود القانون بخلاف الطرف الآخر في العقد فإنه يمكنه الحفاظ علي حقوقه كاملة باستعداد ولاية قاضي العقد .

وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي خرج كذلك مع قاعدة عدم خضوع القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد للطعن بتجاوز السلطة وجعل عليها استثناء آخر يجيز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من جهة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد ، وكان ذلك في قضية مسترال فقد قام السيد المذكور بإبرام عقد مع محافظ منطقة السين ، واعتبر هذا العقد إداري لانطوائه علي شروط استثنائية لا ترد في القانون الخاص منها اشتراط ينص صراحة علي إمكانية فسخ العقد وكان عقد إيجار بقرار إداري من المحافظ في حالة الخطأ الجسيم الذي يرتكبه السيد / مسترال في تنفيذ العقد ، طعن السيد/ مسترال في هذا القرار بأسلوب تجاوز السلطة تأسيسا علي أن خطأ غير جسيم ولا يستوجب فسخ العقد .

طعن السيد المفوض Cahen- salvader أمام مجلس الدولة برفض قبول طعن السيد مسترال تأسيساً علي القاعدة العامة في شأن القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد وهي عدم جواز فصلها عن العقد ، والطعن عليها بأسلوب تجاوز السلطة استقلالها عن العقد ذاته . رفض مجلس الدولة الأخذ برأي مفوض الحكومة الاستاذ سلفا دور وقرر قبول الطعن بالإلغاء المقدم من السيد/مسترال.

ذهب البعض من الفقه إلي تأييد هذا القضاء بالقول بأن العقد الذي تبرمه الإدارة يعد قاعدة قانونية تستوجب مخالفة بطلان القرار الصادر من الإدارة ولكن مجلس الدولة أخذ بمبدأ عام مؤداه أن " حق الفسخ وأن كان مقررا بنص القانون أو

الاتفاق يعد امتيازا مطلقا لأحد المتعاقدين فإنه يجد حده في تحقيق مـصلحة جـادة ومشروعة شأنه في ذلك شأن الحقوق جمعها والتعسف في استعمال هذا الحق يكون سبباً للطعن عليه بالبطلان (١)

أما في مصر :

فهناك رأى في الفقه المصري ذهب إلي أن استخدام الإدارة لسلطة الضبط الإداري في مجال تنفيذ العقد الإداري يجوز الطعن علي هذه الإجراءات بأسـلوب تجاوز السلطة ولا يعد هذا استثناء علي القاعدة العامة فـي عـدم جـواز فـصل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد والطعن عليها استقلالا بأسلوب تجاوز السلطة .

ولكننا نري أن الطعن بأسلوب تجاوز السلطة يعتبر استثناء مـن القاعـدة العامة هي عدم فصل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد والطعن عليها استقلالاً بالإلغـاء ، وإن الخلاف الدائر بين الفقهاء يثور حول تساؤل فهل تعتبر الإجراءات المتعلقـة بتنفيذ العقد استثناء علي القواعد العامة في هذا الشأن أم لا ؟ والفقه والقضاء متفقان علي جواز الطعن في هذه القرارات استقلالا عن العقد ذاته سواء قد طلب الطعـن من المتعاقد أو من الغير فليس لهذا الخلاف أي أثار قانونية .

وتطبيقاً لذلك أصدرت محكمة القضاء الإداري في حكمة الصادر بتـاريخ ١٩٥٠/٢/١٤ قبل فيه الطعن بالإلغاء ضد قرار إدارة صـندوق التـوفير الـصادر برفض صرف مبلغ أودعه الطاعن في الصندوق ، وكانت حيثيات الحكم تتعلق بأن " هذا الرفض لاشك أنه قرراً إداري نهائي ،،.. ولا يغير من الأمر شيئا أن تكـون العلاقة التي نشأت بين الحكومة والمدعي هي علاقة مودع ومودع لديه لأن العبـرة بطلبات المدعي (١)

---

(١) راجع في ذلك د / محمد شوقي السيد – التعسف في استعمال الحق ، معياره وطبيعته فـي الفقه والقضاء وفقا لاحكام القانون المدني المصري رسالة دكتوراه – القـاهرة ١٩٧٩ – ص ٣٢٧ ، ص ٣٢٨.

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر ١٩٥٠/٢/١٤ في القضية رقم ١٧٠ لسنة ٢ق المجموعة السنة ٤ ق.ص ٤٦٨ .

ونبدي تحفظا علي الحكم سالف الذكر فحواه أن الطعن موضـوع الحكـم انصب علي قرار إداري مخالف للقوانين واللوائح وليس تطبيقا لنصوص العقد كما جاء بهذا الحكم ونضيف إلي جانب ذلك بأن القرار المستمد من نصوص العقـد لا يعتبر قراراً إدارياً .

خلاصة ما تقدم

يتبين مما تقدم أن مجال فصل القرارات الصادرة مـن الإدارة والمتعلقـة بتنفيذ العقد أوسع في العقود المدنية عن العقود الإداريـة ، وذلـك لأن القـرارات المتعلقة بالتنفيذ في العقود الإدارية ترجع غالبا إلي نصوص العقـد ، وأن مخالفـة نصوص العقد لا تعتبر مخالفة للشرعية. وأكد القضاء الفرنسي في أحكـام عديـدة القول السابق حيث جاء في حكم منها " أنه لا يمكن الاحتجاج بمخالفة عقـد مـا إلا في دعوى القضاء الكامل ..... وليس في الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة [١]

وقد رفض القضاء الطعن بالإلغاء ولو كان مبني الطعن مخـالف القـرار الطعين للشرعية ، ويبين هذا بجلاء في حكم القضاء الفرنسي الصادر فـي ١٩٤٥ حيث جاء في هذا الحكم " حيث أن السيد(ى) يطلب من مجلس الدولة إلغاء قـرار المدير بفسخ عقود التوريدات لتجاوز السلطة ... ويستند في طعنـه إلـي الإدعـاء بمخالفة كراسة الشروط الخاصة بالمناقصات والمزايدات .

وحيث أن هذا النزاع يدور حول تنفيذ العقود المبرمة لحساب المديرية فإنه يخضع بناء علي ذلك لاختصاص قاضي العقود [٢]

---

(١) أنظر تقرير المفوض Beinach في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٥/١١/٨ المنشور بمجلة القانون العام ١٩٣٦ ص ١١٢ وما بعدها وفي نفس المعني راجـع كـذلك تقرير المفوض Roujou في حكم مجلـس الدولـة الـصادر فـي ١٩٤١/٢/٢١ قـضية Cheminsde fer- du- p. c-n مجموعة Dalleez – chronique Jurisprudence لسنة ١٩٤١ ص ٧٢

(٢) يراجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٥٢/١٠/٢٤ ص ٤٦٥ في قضية Chambre – syndicate

الباب الرابع

آثار حكم الإلغاء على العـقـــد الإداري

الباب الرابع

آثار حكم الإلغاء على العقد الإدارى

تمهيد وتقسيم ..

يلاحظ انه حينما نتناول موضوع اثر الحكم بالإلغاء علـي العقـد الإداري أننا نجد بداية أن هناك نوع من التناقض بين الأخذ بالمنهاج التركيبي القـائم علـي وحدة العملية التعاقدية وبين أتباع المنهاج التحليلي القائم علي فكرة القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري .

وبيان ما تقدم نجده في أن كافة الأعمال التي تتكون منهـا العقـد الإداري سواء من ناحية الإبرام والتنفيذ والإنهاء تستقل كل منها عن الأخرى .

ومثال ذلك فالقرار الصادر من المجلس المحلي بالتراخيص بإبرام عقد مـا ليس له رابطة منطقية مباشرة بقرار سلطة الوصاية الإدارية بالتصديق علي العقد ، وهذا يترتب عليه إمكانية فصل قرار ما عن العمليـة التعاقديـة ، والطعـن عليـه بالإلغاء دون أن يؤثر ذلك علي العملية ذاتها .

وأساس ذلك انه لا صعوبة في القـرار الإداري المنفـصل عـن العمليـة التعاقدية إذا كان العقد في طور التكوين إذ يمكن في هذه الحالـة ترتيـب القواعـد العامة .

إلا انه بالعكس مما سبق فكافة الأعمال القانونية والمادية تـرتبط بعـضها ببعض برباط وثيق هدفها النهائي هو إتمام العملية ، فعلي سـبيل المثـال القـرار الصادر من المجلس المحلي بالتعاقد هو شرط لكي يقـوم الجهـاز التنفيـذي لهـذا المجلس بإبرام العقد وتصديق سلطة الوصاية علي قرار الإبرام ، وفي حالة سـقوط أحدي هذه العناصر يؤدي منطقيا إلى سقوط العناصر الأخرى المترتبة عليها وقـد يمتد هذا السقوط إلى العملية في مجموعها .

ومن هنا يمكن القول بان التعارض بين وحدة العمليـة التعاقديـة وفـصل القرارات المرتبطة بها هو الذي يثير الكثير من الإشكالات بالنـسبة حكـم الإلغـاء علي العقد .

وتثار المشكلة من ناحية أخرى حول ما كان لصدور الحكم بإلغاء القـرار القابل للانفصال عن العقد الإداري اثر علي الباقي العملية العقدية التي يـدخل فـي تكوينها ؟ أم أن مثل هذا الحكم لا اثر له علي باقي هذه العملية ؟[1].

وقبل أن نتناول اثر الحكم الصادر بالإلغاء علي العملية التعاقدية نشير إلى نقطة هامة وهي تتعلق بمدي خضوع منازعات العقود الإدارية لشرط التحكيم .

التحكيم في منازعات العقود الإدارية ..

بينا سلفا أن منازعات العقود الإدارية تدخل تحت ولاية القـضاء الإداري بصفته صاحب الولاية العامة في كافة المنازعات الإدارية ، وقد كان لهذا القـضاء دور وافر لا شك فيه في ابتكار القواعد المميزة التي تنظم المراحل التي يمـر بهـا العقد الإداري منذ لحظة نشأته حتى نهايته .

هذا التمايز سواء من ناحية القواعد القانونية ، وكذا مـن ناحيـة النظـام القضائي بالنسبة للعقود الإدارية تتعارض مع منطق التحكيم الذي هو اسلوب اتفاقي محل المنازعات الناشئة بين اطرافه حيث يختار الاطراف الهيئة التي تقـضي فـي النازعة بحكم ، ويحددون أيضا الإجراءات التي تتبع حين الفصل بحكم ملزم غيـر خاضع للطعن بأية طريقة بعد صدوره .

---

(١) هناك رأيين حول هذه المشكلة :

الرأي الأول : يذهب إلى القول بأنه ليس لمثل هذا الحكم أي اثر علي باقي العملية العقدية ، علي أساس أن القرار أن القرار الذي صدر الحكم بإلغائه هو قرار مستقل وإلغائه لا يـؤثر علي سلامة باقي العملية .

الرأي الثاني : يري أن إلغاء القرار القابل للانفصال يؤثر بالطبع علي باقي العملية علـي أساس أن القرار الذي صدر الحكم بإلغائه هو جزء لا يتجزأ من العملية ويدخل في تكوينها ويشترك في بنيانها ويتاثر بما حدث فيها بما يجري له ، ومن ثم فإن هذا الإلغاء يؤثر علي سلامة العملية كلها ويمكن أن يؤدي إلى فسخها . وانه إذا كان لكل من الـرأيين الـسابقين وجاهته من الناحية النظرية إلا انه من الصعوبة تطبيقها من الناحية العامة .

لمزيد من التي يراجع في ذلك الدكتور / جورجي شفيق ساري القرارات القابلة للانفـصال في القانون الإداري سنة ٢٠٠٢ ص ١٥٩ وما بعدها .

وإزاء هذا التعارض بين القواعد التي تحكم العقد الإداري وبين طبيعة التحكيم تشدد القضاء الإداري الفرنسي في مدي جواز الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية . شركا أو مشاركة أو اشتراك لذلك وجود نص تشريعي يبيح اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ، ولم يكن المشرع الفرنسي اقل تشددا فهو عندما اجاز التحكيم في العقود الإدارية بمقتضي القانون الصادر في ١٧ من ابريل سنة ١٩٠٦ فصار هذا الأمر علي المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الاشغال العامة وعقود التوريد ، واشترط لذلك بالنسبة لعقود الدولة صدور مرسوم من مجلس الوزراء وموقعا من الوزير المختص ووزير المالية موافقة مجلس المديرية أو المجلس البلدي أن تعلق الأمر بعقود المديريات أو عقود البلديات ، وحدد هذا القانون أن يكون التحكيم في هذه العقود في صوره مشارطة تحكيم ثم صدر مرسوم ٢٥ من يوليو سنة ١٩٦٠ ووسع من نطاق تطبيق هذا القانون ليشمل المؤسسات العامة الاقليمية والبلدية .

أما بالنسبة للعقود الإدارية الدولية فقد نظم المشرع الفرنسي خضوعها للتحكيم بمقتضي قانون ١٩ من أغسطس سنة ١٩٨٦ وحدد العقود التي يمكن أن يخضع للتحكيم شرطا أو مشارطة والتي تتعلق بنفع قومي .

أما في مصر فإن المشرع لم يواجه حسم مسألة خضوع منازعات العقود الإدارية لشرط التحكيم بنص يفصل في ذلك الأمر ، وبناء علي ذلك اختلف الفقه واحكام القضاء في خضوع العقود الإدارية للتحكيم ، وقد كانت الجهات الإدارية تبرم عقودا إدارية متضمنة شرط التحكيم ، ولكنها إذا ما ثارت منازعة بينها وبين المتعاقد معها تلجأ للقضاء الإداري ، وكانت لحكام القضاء الإداري تقتضي ببطلان شرط التحكيم الوارد بالعقد الإداري واختصاصه بنظر المنازعات المتصلة به(١).

وعند صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لم يواجه المشرع مسألة خضوع العقود الإدارية للتحكيم بنص صريح يحدد نطاقه وشروطه تطبيقه . وهو

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في جلسة ١٩٨٦/٥/١٨ في الدعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ ق (غير منشور) .

الأمر الذي جعل الخلاف حول مسألة خضوعها للتحكيم مستمرا في ظل هذا القانون ، حتى صدرت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة ١٩٩٦/١٢/١٨ وخلصت فيها إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ، وهو ما أدي بالمشرع إلى إصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي نص فيه صراحة علي جواز التحكيم في العقود الإدارية . واستلزم لذلك موافقة الوزير المختص أو من يتولي اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك.

ويؤخذ علي هذا القانون انه جعل شرط التحكيم شرطا عاما في جميع العقود الإدارية دون تقييد أو استبعاد بعضها ، ومن جهة أخرى أن شرط موافقة الوزير المختص أو من يتولي اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة مع عدم جواز التفويض في ذلك بالنسبة للأخذ بشرط التحكيم لا يعتبر هذا الشرط كافيا بالنسبة للعقود التي تتعلق بثروات الدولة الطبيعية حيث قد تعرض المنازع في هذه العقود الأخيرة لعنصر أجنبي تتضمنه هيئة التحكيم لذلك كان يتعين علي المشرع استبعاد بعض أنواع من العقود الإدارية خاصة التي تتعلق بمصالح الدولة أو بسلامة امنها القومي من الخضوع للتحكيم ، وهذا لا يقلل من مميزات التحكيم واخصها سرعة الفصل في المنازعات المعروضة امامه عنه إذا ما عرضت هذه المنازعات علي القضاء ، ولكن الذي نتحفظ عليه بالنسبة للتحكيم وجود العنصر الأجنبي في هيئة التحكيم وتطبيق القانون الأجنبي وهي أمور تمس الاختصاص القضائي والتشريع الوطني خاصة مع دول العالم الثالث ووجود فوارق اقتصادية بين الدول المتقدمة وتلك الدول النامية .

وصفوة القول في ذلك فنحن أن كنا نؤيد سرعة الفصل في المنازعات التي تثار بشأن العقود الإدارية لتعلق هذه العقود بالمصلحة العامة الدولة واخصها تسيير وتنظيم المرافق العامة بانتظام واطراد فينبغي إلا نجعل مصالح الدولة تمكث في جلسات المحاكم لسنوات عديدة قد تصل إلى خمسة عشر عاما أو أكثر هذا يؤدي إلى انزلاق المستثمر الأجنبي من أيدينا فكل هذا يدعونا إلى القول أننا محبذ الأخذ بشرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية وهذا مشروط بتدخل المشرع المصري بوضع نظام تشريعي لتحكيم يتفق مع النظام القانوني وكذا النظام

القضائي اللذين تمتاز بهما العقود الإدارية عن سائر التصرفات الإدارية الأخرى بالإضافة إلى تحديد أنواع العقود الإدارية التي تخضع لنظام التحكيم ولا يعمم الأخذ بالتحكيم علي كافة العقود الإدارية لحساسية وسرية بعض العقود التي تمس مصالح الدولة وسلامة أمنها القومي علي النحو السابق بيانه[1] .

تقسيم ..

لما كان لموضوع آثار حكم الإلغاء الصادر في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري أهمية علي العملية ذاتها علي القرار المطعون فيه فسوف نتناول هذا الباب علي النحو التالي :

الفصل الأول : اثر حكم الإلغاء علي أهمية العملية التعاقدية .

الفصل الثاني : اثر حكم الإلغاء علي القرار محل الطعن .

الفصل الثالث : حجية حكم الإلغاء أمام قاضي العقد .

(١) انظر تاييدا لراينا السابق فتوى الجمعية العمومية بجلستها المنعقدة في ١٨ من ديسمبر ١٩٩٦ – الفتوى رقم ٢٨ بتاريخ ١٩٩٨/١/١١ – جلسة ١٩٩٧/١٢/١٠ – ملف رقم ٣٤٣/١/٥٤.



الفصل الأول

اثر حكم الإلغاء علي العملية التعاقدية

المبدأ التقليدي الذي يحكم هذا الموضوع في كل من فرنسا ومصر[1] هــو أن الحكم الصادر بإلغاء أحد القرارات القابلة للانفصال في العملية التعاقدية ليس له في حد ذاته أي اثر مباشر علي العقد نفسه ، فهذا العقد يظل قائما يربط بين طرفيه ومنتجا لإثارة ، ما لم يقم أحد الطرفين برفع دعوى بطلان العقــد أمـــام القاضـــي المختص بمنازعات العقد نفسه ، طالبا الحكم بالبطلان ، استنادا إلى الحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء أحد القرارات التي تدخل في تكوينه .

وقد تعرض المبدأ سالف الذكر للنقد من جانب الفقه علي أساس أن القـــرار الذي حكم بإلغائه هو جزء من العملية التعاقدية كلها ، ومن غير المنطقي أن يظـــل العقد قائما ونافذا رغم الحكم بإلغاء جزء منه . طالما لم يطلب أحد طرفيه إبطاله[2] وظل الأمر كذلك في فرنسا حتى عقد التسعينات من القرن العشرين إلا انه بصدور بعض الأحكام في علمي ١٩٩٣[3]، ١٩٩٤[4] وبـــصدور قـــانون ٨ فبرايـــر ســـنة

---

(١) انظـــر C.E I aout ١٩٠٥, Martin. R.D.P. ١٩٠٦ , conclusion Romieu. S. ١٩٠٦,٣. ٤٩ Note Hauriou. وفي مصر انظر حكم محكمة القـــضاء الإداري فـــي ٢٥ نوفمبر ١٩٤٧ ، مجموعة السنة الثانية ص ١٠٤ ، وفتوى الجمعية العمومية الصادرة بتاريخ ٢١ فبراير ١٩٧٩ ، ملف رقم ١٩٢٤/٢/٦٨ وحكم محكمة القـــضاء الإداري بتـــاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٥٦ قضية رقم ١١٨٠ السنة العاشرة قضائية ، مجموعة احكام محكمة القـــضاء الإداري السنة الحادية عشر ص ٢٣ .

(٢) انظر علي سبيل المثال R. Chapus. , Droit du cintentieux administrative, op. Cit. No. ٨٢٠, p. ٦٠٧ وفي الفقه المصري انظر د/ عبد الحميد حشيش القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة الجزء الثاني ص ٢٣ و د/ سليمان محمد الطلماوي الاسس العامة للعقود الإدارية القاهرة دار الفكر العربي ، الطبعة الرابعة ١٩٨٤ ص ١٩٠ .

(٣) انظـــر C.E.١ er octobre ١٩٩٣ soc. Le Yachat. Club international de Bormes – les – Mimosas , Rec. p.٩٧١. A.J.- ١٩٩٣ p. ١٨٠ concl.M .pochard.

(٤) انظر C.E. ٧ octobre. ١٩٩٤-Ep. Lopez-Rec. p. ٤٣٠ concle Schwartz – A. J. p. ٨٦٧.

١٩٩٥ حدث تطور حول هذا الأمر تضمنت بعض الحلول المقنعة مدي اثر الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال علي العملية التعاقدية فبالنسبة للقانون الصادر في ٨ فبراير سنة ١٩٩٥ فهو كان بشأن حث الإدارة علي ضرورة احترام أحكام القضاء ، واحترام حجيتها وقوة الشئ المقضي فيه .

فهذا القانون يعطي لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية سواء كمحاكم استئناف أو كمحاكم أول درجة سلطة إصدار أوامر للإدارة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم منها توقيع غرامة تهديديه علي جهة الإدارة حالة تأخيرها وتقاعسها عن تنفيذ حكم جليا انه بعد هذا التطور الذي حدث في فرنسا أن ينتج عن ذلك بعض المبادئ وهي كالأتي[1] :

أولا : النظر إلى عنصر السبب الذي استند إليه الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال وهنا يوجد فرضان ..

الفرض الأول : هو أن سبب إلغاء القرار الطعين عدم مشروعيته شروط العقد ذاته في هذا الفرض فإن إلغاء القرار القابل للانفصال يؤدي إلى بطلان العقد ، وهو البطلان الذي تضمنه الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال .

الفرض الثاني : هو أن يكون سبب إلغاء القرار هو عيب في القرار ذاته وليس في شروط العقد .

وفي هذا العرض يتعين البحث عن مدي علاقة القرار المطعون فيه بالعقد؟ فإذا كانت العلاقة بينهما مباشرة كان ذلك مبررا في اعتبار العقد باطلا .

ومثال علي ذلك إذا صدر الحكم بإلغاء القرار الصادر بالتعاقد أو بإبرام العقد فإن ذلك يؤدي إلى بطلان العقد بخلاف إذا صدر الحكم بإلغاء القرار الصادر بالموافقة علي العقد أو التصديق عليه .

ونلخص مما تقدم أن الإلغاء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا ينصب إلا علي القرار الإداري المنفصل ، ولكن العقد نفسه يظل قائما إلى أن يلجأ أحد

---

(١) مراجع في تفصيل ذلك Chapus سابق الإشارة إليه ص ٦٠٧ إلى ص ٦١٠ .

المتعاقدين إلى قاضي العقد يستصدر منه حكما بإنهاء العقد .

وإذا كانت هي أن يبقي العقد الإداري قائما – علي الرغم من الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل – فإن كثيرا من الفقهاء رفضوا أن يسلموا بهـا وذهبـوا إلى أن هذا الحكم سيكون من شأنه أن يشلل العقد ويجعله غير قابـل للفـصل – إلا انه في الحقيقة يكون مع مجموع القرارات الأخرى كلا لا يتجزأ ، فإذا انهار جـزء من هذا الكل فإن ما يعلوه من أجزاء يجب أن ينهار بالتبعيـة ، فنظريـة الأعمـال المنفصلة لا تنفي الحقيقة الواقعية وهي أن العقد كل لا يتجزأ ، ويخلصون من ذلك إلى القول بان الحكم بإلغاء القرار كان أحدي الدعامات التي قام فوقها العقـد مـن شأنه أن يبطل العقد كله ويشل أثاره [1].

وقد ساير مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه فقضي في حكم حديث له بان إلغاء القرار الصادر بالموافقة علي عقد الالتزام يجعل الطلب اللاحـق الـذي قـدم لتفسير العقد غير ذي موضوع ، ويجعل البنود المدونة في قائمة الشروط غير قابلة لأي تطبيق ، وهذا علي الرغم من أن المتعاقدين لم يذهبا إلى قاضي العقد ليـصدر حكم بإنهاء العقد [2] .

أما عن اثر الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال عن العقـد فـي العملية التعاقدية في مصر :

فقد تصدت محكمة القضاء الإداري لهذا الموضوع فـي أحـدي أحكامهـا فقالت انه " إذا صح أن إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقـصة لا يـؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة فـي طلب إلغاء هذا القرار إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا علي عدم الإبقاء علي تصرف يقوم علـي قـرار حكـم بإلغائه . علي انه مما يتعارض مع المنطق أن يلغي قرارا بإرسـاء المناقـصة ثـم يظل الإجراء المترتبة عليه (وهو إبرام العقد) قائمـا علـي أن لطالـب الإلغـاء

---

(١) انظر رسالة Weill : عن نتائج إلغاء القرار الإداري لتجاوز السلطة .

(٢) Societe l'énergie – industrielle : C-E – F .Mars ١٩٥٤ p. ٦٦ .

مصلحة مؤكدة في انه بناء علي حكم الإلغاء يستطيع أن يحصل علي تعويض مـــن جهة الإداري [1] .

يستفاد من الحكم سالف الذكر أن مجلس الدولة المصري متـــأثرا بالاتجـــاه القديم لمجلس الدولة الفرنسي في عدم تأثير الحكم الصدر بإلغـــاء القـــرار القابـــل للانفصال في عملية التعاقد بين المتعاقدين ، ولا علي صلاحية هـــذه العلاقـــة فـــي إنتاج أثارها والتي تتمثل في مجموعة الحقوق والالتزامات المتبادلة بـــين الطـــرفين والناشئة عن العقد إلا إذا قام الطرفان (المتعاقدان) بتصحيح العيب في العقد أو تـــم فسخه استنادا إلى إلغاء هذا القرار أمام القاضي المختص بمنازعات هذا العقد .

ويبدو أن قضاء المحكمة المشار إليه يرغب في حـــث الالتـــزام بـــالحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال عن العقد وان ترتب أثره فـــي إلغـــاء العقـــد وتظهر نية المحكمة في ذلك عند قولها بان في إصرار جهة الإدارة علي قيام العقـــد يمكن أن يرتب تعويضا للغير ونحن نأمل أن يكون للحكم الصادر بإلغـــاء القـــرار الإداري القابل للانفصال عن العقد أثرا ذي أهمية علي العقد ولو أدي إلـــى إلغائـــه كلية

(١) مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة ١١ ق بند ١٩ .

موقف الفقه والقضاء في مصر وفرنسا
من آثار حكم الإلغاء علي العقد

١. بالنسبة للفقه المصري ..

يذهب الأستاذ ، **حسين درويش** إلى انه " يجب أن يترتب علي إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة إلغاء العقد حتى لا يبقي العقد قائما علي تصرف باطل ومخالف للقانون ذلك أن إبرام العقد لا يجعل الإداري بمنجاة من تنفيذ القانون ووجوب أن تصدر قراراتها مطابقة له ، هذا فضلا عن انه يتجافي مع المنطقة وإلا لما كان هناك داع لقبل دعوى الإلغاء فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة ما دام أن الإلغاء سوف لا يترتب عليه أثاره ولن يترتب عليه إلا أن يحصل المحكوم لصالحه علي تعويض من جهة الإدارة ، هذا إذا لاحظنا أن الدعوى التعويض يمكن أن ترفع ابتداء وبصفة أصلية [١] .

ويري الأستاذ الدكتور / سليمان الطماوي أن هناك تناقض في موقف القضاء الفرنسي والمصري في شأن أثر حكم إلغاء القرار الإداري علي العقد الإداري حيث أن القرار المنفصل الذي حكم بإلغائه هو مرحلة من مراحل العملية المركبة ويترتب علي سلامته سلامة العملية كلها ، وبالتالي فابطال القرارات المنفصلة يؤدي إلى إبطال ما يترتب عليها ولم يستثن المجلس من هذه القاعدة إلا حالة أن تنتهي العملية المركبة للعقد ،ولم يعد لهذا الاستثناء ما يبرره في الوقت الحاضر لوجود ظروف تاريخية في فرنسا كان بسببها نشأة قاعدة عدم قبول دعوى الإلغاء إذا وجد طريق طعن مقابل فلما بدأ المجلس يتخلي عنها فعل ذلك تدريجيا فألغي القرار الذي كان أساسا للعقد دون أن يتصدي للعقد – لذلك فإن هذا القضاء يمثل مرحلة انتقال ولا محل للتقيد به في مصر .. [٢] .

---

(١) يراجع في ذلك الأستاذ/ حسين درويش عبد العال – النظرية العامة في العقود الإدارية – الجزء الثاني ط . أولى ١٩٥٨ ص ٢٠٤ .

(٢) يراجع في ذلك د . / الطماوي – القضاء الإداري طبعة ١٩٦٨ – ص ٣٠٧ وما بعدها .

٢. **بالنسبة للفقه الفرنسي ..**

فيذهب الأستاذ **Pequignot** إلى انه يتعين علي القضاء الإداري إلغاء العقد المبني علي قرار حكم بإلغائه لأن عدم مشروعية القرار يسري إلى العقد المبني عليه واقترح الأستاذ **Pequignot** انه إذا لم يقبل القضاء هذا الحل فعليه أن يسلك في هذا الصدد المبلك الذي كثيرا ما يلجأ إليه في مجال الوظيفة العامة فيحل الأمر إلى الإدارة لتعمل حكم القانون أي تعمل علي إلغاء العقد .

ووجه الأستاذ (**بيكينو**) انتقادا إلى نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ذاتها " بأنها نقطة ضعفها يتمثل في أنها لا تحقق جزاء فعليا وحقيقيا للعقد الإداري حيث يظل القرار المعيب بإساءة استعمال السلطة قائما وناقدا [١] .

ويضيف الفقيه **بيكينو** رأيه إلى هذه الانتقادات سالفة الذكر إلى أن النتيجة الظاهرة والمؤكدة لهذه الفكرة تتحصل في أن يترك العقد قائما ومنفذا ومنتجا بكل أثاره في المستقبل رغم ما يتضمنه من عدم مشروعية ومن المنطقي أن يخول لقاضي الإلغاء سلطة إلغاء العقد وإذا لم يتسنى له ذلك فله أن يحيل الأمر إلى الجهة المختصة لأعمال حكم القانون [٢] .

ويري الفقيه " **قيل** " أن اقتصار حكم الإلغاء علي القرار الإداري المنفصل دون العقد يجعل من القانون عملا مجردا من كل فاعليه ويؤدي ذلك إلى تعقيدات وتكرار إجراءات التقاضي أمام قاضي الإلغاء ثم أمام قاضي العقد وليس من المنطق أن ينهار ركن أو أساس من العملية العقدية وتظل العملية قائمة والعقد الإداري عبارة عن سلسلة من الإجراءات ، فكيف يقبل استمرار العقد مع بطلان ثبوت عدم مشروعية ما أحيط به من قرارات .. [٣] .

ويري **krassalchik** أن عنصر ترتيب أي اثر علي حكم إلغاء القرار

---

(١) G- Pequignot – these – op – cit- P. s٩٣ et s ٩٨ .

(٢) generale contral admini stratify – these Nount pellier ١٩٤٨-p.٥٨٣ . piqug not theorie .

(٣) يراجع في ذلك للفقيه " قيل " المرجع السابق ص ٢٠٥ .

المنفصل مخالفة صارخة للقانون وبحجية الأمر المقضي به فكيف يتسنى الإبقاء علي العقد مع ما يتضمنه من عدم مشروعية لبطلان أحد العناصر التي قام عليها أصبح معدوما بمقتضي حكم الإلغاء (١) .

هذه كانت بعض الآراء الفقهية حول اثر الحكم الصادر بالإلغاء علي العملية التعاقدية .

أما عن موقف القضاء الإداري المصري فقد تبني مجلس الدولة في مصر بعض الاتجاهات الفقهية السابقة منذ أمد بعيد متابعا نظيره الفرنسي حيث أكد في حكمه الصادر في ١٩٤٧/١١/٢٥ " انه مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا له جانبان أحدهما تعاقدي بحيث تختص به المحكمة المدنية والآخر إدارة يجب أن تسير فيه الإدارة علي مقتضي النظام الإدارة المقر لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب وأحد ، وتتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية التي تتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماد فتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح ، وذلك ودون أن يكون لإلغاء مساس بذلك العقد الذي يظل قائما إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعات المتعلقة به (٢) .

وقد قررت ذات المحكمة في حكم آخر صدر في ١٩٥٦/١١/١٨ حيث جاء في مضمونه " وما صدر من تلك القرارات مخالفا للقوانين واللوائح أو مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة حق إلغائه دون أن يكون للإلغاء مساس بذلك العقد(٣).

يستفاد من الحكمين السابقين أن حكم الإلغاء لا يؤثر علي العقد الذي يظل ساريا ونافذا حتى يقوم أحد أطرافه بطلب إبطاله أمام القضاء الكامل .

وفي الجزئية الأخيرة الخاصة بضرورة طلب أحد أطراف التعاقد إلغاء

---

(١) راجع في ذلك للفقيه krasselchik المرجع السابق ص ١٩٠ .

(٢) راجع مجموعة أحكام المجلس السنة الثانية ص ٥ .

(٣) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١١/١٨ قضية رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ ق مجموعة القضاء الإداري السنة ١١ ص ٢٢ وما بعدها .

العقد الإداري بناء علي الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل عنه حتى يتم إلغاء العقد وإلا يصبح ساريا ونافذا رغم إلغاء القرار الإداري القابل للانفصال عنه فتقول محكمة القضاء الإداري في مصر " أن المدعى لا يطلب الحكم ببطلان عقد البيع الصادر لغيره ، وإنما يطلب الحكم بإلغاء قرار مصلحة الأملاك بعدم اعتماد البيع الصادر بغض النظر عن العقد لأن الطعن لا يتعلق بملكية المقدار المتنازع عليه ، وإنما يتعلق بمشروعية القرار الصادر من مصلحة الأملاك بالعدول عن قرار بيع ارضي المدعى وهو لا شك قرار إداري [1] .

ويقول مجلس الدولة الفرنسي في قضية

Department de La creuse.

" حيث أن عريضة الدعوى لا تهدف إلى إبطال الاتفاق .. ولكن ترمي فقط إلى إنكار حق الوزير في إبرام هذا الاتفاق دون أن يستتبع ذلك صدور مرسوم من مجلس الدولة بالتصديق علي الاتفاقية " . ويأتي الآن سؤال هام وهو عم اثر الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري في حالة عدم رفع دعوى إبطال العقد ؟ وما أهمية الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري إذا كانت لا تمس العقد ذاته ؟

ذكرنا فيما سبق أن الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة يولد مصلحة في طلب إلغاء هذا القرار ذاته ، ومناط الاختصاص هنا هو أن يكون ثمة قرار إداري محملا للطعن بالإلغاء .

وفي ذلك يقول مفوض الدولة (روميو) في مذكراته وهو بصدد إعداده في قضية Martin " ليس علي قاضي الإلغاء إلا أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغي دون الاهتمام بالنتائج التي تترتب علي هذا بالإلغاء " [2] .

---

(١) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٢/٧/٢ قضية رقم ٣٦١ لسنة ١٥ ق في القضية رقم ٣٢٣ لسنة ١٥ ق – مجموعة السنوات الخمس ص ١٠٩ .

(٢) يراجع في ذلك أ.د/ سليمان الطماوي – المرجع السابق ص ١٨٧ .

وينتقد بعض الفقهاء موقف القضاء سالف الذكر بشأن عدم اعترافه بترتيب أيه آثار علي حكم إلغاء القرار المنفصل عن العملية التعاقدية علي العقد .

فيقول الأستاذ (بيكينو) أن تلك هي أكثر النقاط ضعفا في نظرية القرارات المنفصلة إذ لا تتضمن جزءا فعليا له فاعليته في العقد الإداري وينفذ العقد الذي يكون مشوبا بالبطلان (١) .

ومن الفقهاء ، من يري في موقف القضاء السابق مجافاة للمنطق القانوني والقواعد الأصولية في انه لا يترتب علي ذلك آثار علي عقود الإدارة بينما يرتب آثار في باقي العمليات المركبة الأخرى مثل الانتخابات ونزع الملكية .

وفي ذلك يري الدكتور / عبد الحميد حشيش " انه في الواقع أن إلغاء القرار المنفصل عن العقد إذا كان لا يؤدي بذاته إلى إبطال العقد إلا أن ليس معني ذلك أن يصبح حكم الإلغاء لغوا فمما لا شك فيه أن هناك نتائج ايجابية تترتب علي حكم الإلغاء هو انه للإدارة أن تصحح الوضع القانوني بإجراء لاحق ، ويمكن لأحد أطراف العقد المطالبة بإنهائه استنادا إلى الأثر المطلق لحكم الإلغاء ، أما إذا تمسك الطرفان علي بقاء العقد فسيكون اثر هذا الحكم في انه أعلن حكم القانون لكي يراقب قرارات الإدارة ، ويلاحظ أن هذا الأمر يكون عادة محل تقدير للمحكمة المدنية أو الإدارية ، ولقاضي العقد أن يقرر إلغائه بعد طلب أطراف العقد ذلك حيث يقوم قاضي العقد بتقدير مدي القرار الملغي علي العملية العقدية ، ومدي تأثير الحكم بإلغاء العقد علي الحقوق المكتسبة . فقد يكون سبب إلغاء القرار راجعا إلى عيب في ذات القرار فالقاضي لا يملك تصحيحه ، ولكنه يبحث اثر بطلان القرار علي صحة العقد ذاته . فإذا كان القرار المطلوب إلغائه قد رتب حقا مكتسبا لأحد المتعاقدين وكان هذا الحق من المتعاقد المستفيد دون إلغاء العقد في مجموعة – أما إذا كان إلغاء القرار مستندا إلى عدم مشروعية العقد نفسه أو عدم صحة بعض شروطه فحكم الإلغاء يؤدي في هذه الحالة إلى بطلان العقد " (٢) .

---

(١) راجع في ذلك للفقيه (بيكنو) الرسالة السابقة ص ٥٩٨ ، ص ٢٩٩ .

(٢) يراجع في ذلك الدكتور / عبد الحميد حشيش : المرجع السابق ص ٢١ ، ص ٢٢ .

وقد بين المفوض " روميو " في قضية Martin النتـائج التـي يمكـن أن تترتب علي حكم الإلغاء حيث جاء في تقريره في هذه القضية " أننـا لا نـذكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية Piotonique .

فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق ، وقد يبقي العقد بـرغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد ... " .

وتردد نفس القول السابق في أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية منـذ بداية إنشاء مجلس الدولة وحتى قبل اختصاصه بنظر منازعات العقود الإداريـة ، من هذه الأحكام الحكم الصادر في ١٩٤٧/١١/٢٥ [1] . حيث جاء فيه " ومن حيث انه لا يقدح في ذلك ما قد يخيل بادئ الرأي من أن الطعن بالإلغاء يكون فـي مثـل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهي إلى إلغـاء العقـد ذاتـه ، وذلـك لأن منـاط الاختصاص هو ما إذا ثمة قرار إداري يجوز أن يكون محلا للطعن بالإلغـاء أم لا . فحيثما يمكن فصل مثل هذا القرار عن العملية المركبة فإن طلب إلغائـه يكـون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري علي وجه المصلحة في الطعن ظاهر إذا لوحظ أن قرار الإلغاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية " لأن العقـود كانت جميعا من اختصاص القضاء المدني كما أن الذين لا يستطيعون الطعـن فـي العقد مدنيا لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك علي اعتبار أنهم ليسوا اطرافا في العقـد يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به .. وقد يؤدي إلغاء القرار إلى تسوية الأمر علي نحو يحقق مصلحتهم .

إلى جانب ما تقدم من النتائج التي تترتب علي التمسك بـالحكم الـصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد فهناك نتائج أخرى تترتب في حالة عـدم الاحتجاج بالحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقـد أمـام قاضـي العقد والاصرار علي تنفيذ العقد رغم وجود القرار الباطل من هذه .

---

(١) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٤٧/١١/٢٥ في قـضية رقـم ١٧٥٣ لسنة ١ ق مجموعة السنة الثانية ص ٩١ .

النتائج :

- من النتائج التي تترتب علي حكم الإلغاء انه " إذا شاب العقد أحد أوجه البطلان وتمسك الطرفان بالتنفيذ رغم حكم الإلغاء فيكون حكم القانون هو الأساس في التطبيق ومن أحكام محكمة القضاء الإداري التي شملت كلفة نتائج إلغاء القرار الباطل الحكم الصادر في ١٩٥٦/١١/١٨ حيث قالت " أن قاضي الإلغاء لا يبحث إلا فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغي دون أن يهتم بما يترتب علي هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو ايجابية .

كما أن شرط توافر المصلحة في الدعوى يتأكد بوجود هذه المصلحة بالفعل ولا يدار وجودا أو غدما مع تصرف الإدارة علي نحو معين تتخذه ذريعة للدفع بانعدام المصلحة .. والقول بغير ذلك فيه خلط بين تحديد آثار الإلغاء وبين وجود المصلحة في طلب الإلغاء فإذا صح أن إلغاء القرار في الحالة المعروضة لا يؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا علي عدم الإبقاء علي تصرف يقوم علي قرار حكم بإلغائه [(١)] .

ومن النتائج التي تترتب كذلك علي عدم الاحتجاج بوجود القرار الباطل في العقد الإداري " أن غير أطراف العقد ليس لهم من سبيل للدفاع عن حقوقهم إلا في الالتجاء إلى قاضي الإلغاء سواء كان العقد أداريا أم مدنيا .

- أن قضاء الإلغاء يعطي الحق في الطعن لكافة المواطنين الذين لهم مصلحة في الطعن علي مشروعية أعمال الإدارة ، وهذا يفسر التوسع في شرط المصلحة في دعوى الإلغاء .

ولهذا الأمر يعطي مجلس الدولة الفرنسي لأعضاء المجالس المحلية وممول المحليات الحق في الطعن في قرارات هذه المجالس بل وفي قرارات

---

(١) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١١/١٨ في القضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١ ق .

سلطات الوصاية الإدارية [1] .

➢ لإطراف العقد الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر حالة الحكم بالإلغاء .

➢ حكم الإلغاء فيه زجرا للإدارة في إلا تلجا مرة أخرى إلى مخالفة قواعد الشرعية ويصبح القرار المعيب هو التزام قانوني .

انتقد غالبية الفقه الإداري الاتجاه الذي يري انه يترتب علي الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل شل أثر العقد وجعله غير قابل للنفاذ بقوة القانون فالقرار المنفصل عن العقد الإداري يعتبر كلا لا يتجزأ عن مجموعة القرارات الأخرى المكونة للعقد الإداري فهو مرحلة من مراحله العملية المركبة ويتوقف عليه سلامة العملية بأكملها لذا فانهيار العقد يترتب عليه انهيار بقية أجزاء العملية العقدية بأكملها ولظروف خاصة بمجلس الدولة بأكملها ولظروف خاصة بمجلس الدولة الفرنسي جعل العقد يظل صحيحا رغم إلغاء القرارات الإدارية التي تدخل في تكوينه ، ولا محل للتقيد بهذا القضاء الانتقالي في مصر [2] .

ويري الدكتور عبد الحميد حشيش أن الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل يسمح لغير أطراف العقد المطالبة بإلغائه استنادا إلى قرار الإلغاء أمام قاضي العقد ذاته فصاحب العطاء الذي لم ترس عليه المناقصة لسبب غير مشروع يمكنه أن يلغي قرار الإرساء بحكم من قاضي الإلغاء ثم يلجا إلى قاضي العقد للمطالبة بإبطاله استنادا إلى عدم شرعية القرار ، وكذلك إذا كان مبني الطعن علي عدم صحة العملية التعاقدية ذاتها .

ومن جهة أخرى يسمح لقاضي الإلغاء لترتيب كافة النتائج المنطقية المبنية علي إلغاء القرار بما في ذلك بطلان العقد ذاته علي أن يختصم طرفا العقد في الحالات التي يمس فيها إلغاء قرار العملية العقدية .

---

(1) يراجع في تفصيل ذلك ألبير رافئيل – المرجع السابق ص ١٦٥ .

(2) يراجع في ذلك د./ الطماوى . المرجع السابق ص ١٩١ ، ويراجع في ذلك من الفقه الفرنسي للفقيه (بيكينو) رسالته السابقة ص ٩٩٨ وللفقيه لوبادير ج ٣ العقود ص ٣٣٣ .

ويؤيد الفقيه " بيكينو " هذا الاتجاه ويطالب بـالعودة إلـى تبنـي نظريـة الإدماج توصلا إلى إبطال العقد نتيجة إلغاء القرار الذي بني عليه .

ونحن نري انه ينبغي لبيان اثر الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد علي العملية التعاقدية أن تأخذ في الاعتبار السبب الـذي بنـي علي أساسه الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإلغاء .

فإذا كان سبب إلغاء القرار الطعين هو عدم مشروعية شروط فـي العقـد ذاته وكذلك إذا كان القرار المطعون فيه يعتبر أساس لإصدار العقـد فانـه يترتـب علي ذلك بطلان العقد بأكمله طبقا للمبدأ العام والذي فحواه " انه مـا بنـي علـي الباطل فهو باطل " . وتطبيقا لذلك فان إلغاء القرار الصادر بالتعاقد أو بإبرام العقـد يؤدي إلى بطلان العقد أكثر بكثير من قرار الموافقة علي العقد أو التصديق عليه .

أما إذا كان إلغاء القرار المطعون فيه يرجع إلى عيب فـي القـرار ذاتـه وليس في شروط العقد فانه لا يترتب علي ذلك إلغاء العقد بل يلغـي فقـط القـرار المشوب بعيب عدم المشروعية . وهذا يتطلب البحث في كل قـضية علـي حـده لتقدير درجة العلاقة بين هذا القرار المحكوم بإلغائه وبين العقد ، فكلما كانت هـذه العلاقة أكثر مباشرة كلما كأن هناك مبرر في اعتبار العقد باطلا .

وقد اخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه سـالف الـذكر ، ففـي أحـد احكامه الصادرة في أول مارس سنة ١٩٥٤ قضي بإلغاء القرار الصادر بالتصديق علي عقد امتياز يجعل طلب التفسير المقدم إلى المجلس بعد ذلك غيـر ذي بـال ، لان الشروط الواردة في العقد لا يمكن تنفيـذها علـي الـرغم مـن أن الطـرفين المتعاقدين لم يطلبا انهاء العقد[١] .

ومن الفتاوى القريبة من هذا الاتجاه فتوى قـسم الـرأي الـصادرة فـي ١٩٥١/٢/١٣ وقد تضمنت الاتي " وبما انه يـشترط لـصحة القـرار الإداري أن يكون صادرا من سلطة إدارية لها الحق في إصداره ويعتبر الإخلال بذلك موجبـا

(١) يراجع في ذلك Dvero . op. Cit., p . ٢٢٥ وكذلك أ.د / مصطفي أبو زيـد فهمـي – المرجع السابق ص ٣١٢ .

لبطلان التصرف ، وبما أن مدير معمل تكرير البترول الاميـرى بالـسويس غيـر مختص باصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم في أحـداث اثـر قانوني ذلك أن المختص في هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشئون الوقـود ، ولم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينهـا وبين المصلحة[١].

ويتبقي لدينا تساؤل هام حول مدي ضرورة تدخل قاضي العقـد لاعـلان بطلان العقد اثر الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال عن العملية العقدية ؟

وفقا للحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنـسي عـام ١٩٩٣ فانـه لـيس بالضرورة تدخل قاضي العقد لاعلان بطلان العقد . فصدور حكم بإلغـاء القـرار القابل للانفصال يكون قبل تدخل قاضي العقد إذا ما رفع الأمر إليه ، أمـا إذا رفـع الأمر إليه ، فان دوره يقتصر فقط علي مجرد اعلان بطلان العقد .

وكذلك يستطيع أحد أطراف التعاقد أن يستند إلى الحكـم الـصادر بإلغـاء القرار القابل للانفصال إذا كانت له مصلحة في ذلك ويحتج فـي مواجهـة الآخـر ببطلان العقد مستندا مباشرة إلى إلغاء القرار القابل للانفـصال . وإذا كـان إلغـاء القرار القابل للانفصال يؤدي بالفعل إلى بطلان العقد فان قاضي إذا رفعت الدعوى امامه من أحد طرفي العقد يقتضي بان للطرف الأول سند من القانون مـن التحلـل من التزاماته .

وفي كافة الأحوال يتم اللجوء إلى قاضي العقد حالة غياب التسوية الوديـة بين الاطراف أو عدم تصحيح العيوب في العقد بعد إلغاء القرار القابل للانفـصال . أما إذا تمسك الغير بالحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال لبطلان العقد فهنـا الأمر مختلف عن أطراف التعاقد لان الغير ليس له اللجوء إلى قاضي العقد لانعدام الصفة[٢].

---

(١) راجع في ذلك فتوى قسم الرأي الصادرة في ١٩٥١/١٢/١٣ برقم ٦٨٤ مجموعة أبو شادي ص ٧٤٤

(٢) انظر مثلا ١٩٥٧ . ١٩٨ . Labit. R.F.P. ١٩٨٨ avril ٢٢ C .E .

وهنا يتبقي للغير اللجوء إلى جهة الإدارة لطلب فسخ العقد اثـر صـدور الحكم بإلغاء القرار القابل للانفصال نظرا لما لهذا الحكم من قوة الشئ المقتضي به. وفي حالة عدم استجابة جهة الإدارة لطلب الغير بفسخ العقد ، فله أن يلجأ إلـى رفع دعوى تجاوز السلطة ضد رفضها هذا .

وللغير كذلك اللجوء إلى القاضي الإداري لطلب توقيع غرامة تهديديه ضد الإدارة حتى تتخذ الإجراءات اللازمة لاعمال مقتضي الحكم الصادر بإلغاء القـرار القابل للانفصال عن العقد ، وهذا ما نص عليه القانون الصادر في ٨ فبرايـر مـن عام ١٩٩٥ في فرنسا .

وفي حكم حديث لمجلس الدولة الفرنسي قبل فيه طعـن الغيـر بالإلغـاء لتجاوز السلطة في شروط العقد ذاته ، وفي الشروط المالية نفسها ، رغم أنها تعـد من اخص بنود التعاقد التي تقتصر علي المتعاقدين فقط وكان هـذا الحكـم يتعلـق بطعن بعض المستعملين لمرفق عام وهو خاص بأحد الطرق السريعة التـي تكـون القيادة عليها بمقابل مالي والذي يدار بطربق الامتياز .

وقد طعن الغير في الشروط المالية المتفق عليها بين الادلرة والملتزم وقـد قضي المجلس بإلغاء هذا الشرط[1]. هذا هو الوضع الحالي في فرنسا .

أما في مصر فان القاعدة التقليدية هي عدم تأثير الحكـم الـصادر بإلغـاء القرار القابل للانفصال في عملية التعاقد ، ولا يترتب علي هـذا الحكـم أي تـأثير علي مجموعة الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين والناشئة عن العقد ما لـم يقم الطرفان (المتعاقدان) بتصحيح العيب في العقد أو تم فسخه استنادا إلى إلغـاء هذا القرار أما القاضي المختص بمنازعات هذا العقد .

---

(١) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٩٦
Jean – Denis Combrexelle – Acte. Detacheble et contestaion par tiers des clauses finanieres divn contrat de concession . R.F.D.A.No ٤ juillt-Aout – ١٩٩٧ . P. ٧٢٦ .



الفصل الثاني

اثـر حكم الإلغاء علي القرار

محل الطعن

قدمنا في مستهل تناولنا للباب الخاص بنطاق دعوى الإلغاء في المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري أن هناك طائفة من القرارات تسمي بالقرارات المنفصلة عن العقد الإداري ، وهذه القرارات تستهدف العمل علي اتمام التعاقد أو الحيلولة دون اتمامه ويكون الطعن لغير المتعاقد إلى قضاء الإلغاء لان للمتعاقد الالتجاء إلى قاضي العقد .

وقد اخذ مجلس الدولة المصري بهذا القول منذ أمد طويل فقد صدر حكمه الصادر في ١٩٤٧/١١/٢٥ والذي يقول " ومن حيث انه مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا له جانبان أحدهما تعاقدي بحت تختص به المحكمة المدنية والآخر إداري يجب أن تسير فيه الإدارة علي مقتضي النظام الإداري المقرر ، لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب وأحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية تتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده فتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح وذلك دون أن يكون لالغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائما بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعات المتعلقة به"[(١)].

يستفاد من الحكم السابق إلى أن الطعن في القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري ينحصر في اثر الإلغاء علي العقد الإداري رغم أن الأصل العام أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج انطباقا لمبدأ " ما بني علي باطل فهو باطل " . إلا أن الوضع غير ذلك بالنسبة للطعن في القرار المنفصل عن طريق دعوى الإلغاء في حالة العقود الإدارية .

ولكن مجلس الدولة الفرنسي يجري باستمرار علي إلغاء القرارات

---

(١) راجع في ذلك مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة الثانية ق ص ١٠٤

المنفصلة في حالة العقود الإدارية لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد بل يبقي العقد سليما ونافذا حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء بناء علي الأثر الذي يترتب علي الحكم الصادر بالإلغاء أما قاضي العقد سواء كان العقد خاصا أو أداريا ، وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه استنادا إلى سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة والتي ساهمت في لتمام عملية التعاقد .

والحكم الرئيسي لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد هو حكمه الصادر في ٤ أغسطس سنة ١٩٠٥ في قضية " Martin "[١] .

وصور المفوض (روميو) تلك الحالة في مذكرته بهذا الخصوص حيث يقول مخاطبا مستشاري المجلس (اننا لا نذكر أن قيمة الإلغاء في الحالة نظرية platonique فالادارة تستطيع أن تصحح الوضع باجراء لاحق ، وقد يبقي العقد برغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد ، ولكن هذه النتيجة يجب إلا تدهشكم أو تبعث التردد في نفوسكم فانتم تعلمون تماما أن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلا إلى نتائج نظرية فليس علي قاضي الإلغاء إلا أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغي دون أن يتهم بما يترتب علي هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو ايجابية ، فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني باجراء لاحق ، فان هذا يحمل في طياته اسمي ايات الاحترام لحكمكم .

أما إذا صمم الطرفان علي الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون لهذا الحكم دائما اثر هام يتركز في انه أعلن حكم القانون ، ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله اياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة وانه قد نور الرأي العام بحيث يمتنع في المستقبل العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة ، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير ومستلزمات الديمقراطية المنظمة .

وأضاف المفوض المذكور في ذات الحكم أن الإلغاء ينصب علي

---

(١) راجع هذا الحكم في مجموعة سيري سنة ١٩٥٦ القسم الثالث ص ٤٩ .

القرارات الإدارية ذاتها ، ولن يؤدي إلى حل الرابطة التعاقدية فقاضي العقـد هـو المختص بترتيب الآثار الناتجة عن إلغاء القرار المنفصل إذ لجأ إليه طرفا العقد في ذلك وعلي ذات النهج الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي في الحكم سـالف الـذكر صار مجلس الدولة المصري عليه منذ تاريخ بعيد نسبيا

وذلك في حكمه الصادر في ١٩٤٧/١١/٢٥ فبعد أن أقر مبدأ جواز الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة التي تساهم فـي تكـوين العمليـة التعاقديـة .... استطرد قائلا " ومن حيث انه لا يقدح فيما تقدم ما قد يخيل بـادئ الـرأي مـن أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقـد للطعن بالإلغاء أم لا فحيثما يمكن فصل مثل هذا القرار من العملية المركبـة فـان طلب إلغائه يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري .... " .

ويلاحظ انه إذا صح أن إلغاء القرار الإداري لا يؤدي إلى إهدار العلاقـة التعاقدية التي نشأت عنه إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغـاء هـذا القرار إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فـسخ أو تـصحيح الوضع تأسيسا علي عدم الإبقاء علي تصرف يقوم علي قرار حكم بإلغائه ، وعلـي انه مما يتعارض مع المنطق أن يلغي قرار إرساء المناقـصة ثـم يظـل الإجـراء المترتب عليه (وهو إبرام العقد) قائما علي أن لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة فـي انه بناء حكم الإلغاء يستطيع أن يحصل علي تعويض من جهة الإدارة يضاف إلـى ما تقدم أن القول بانعدام المصلحة في طلب إلغاء قرار إرسـاء المناقـصة مـا دام الإلغاء لا ينتهي إلى إلغاء التعاقد الذي تم ...." .

يلاحظ في القول السابق يؤدي إلى نتيجة شاذة وهـي أن يـستغلق بـاب الطعن في القرارات الإدارية التي تصدر في المرحلة الأولى من مراحـل عمليـة المناقصة بدعوى انعدام المصلحة في إلغائها بعد إبرام العقد ، فـي حـين أن هـذه القرارات يجوز الطعن فيها استقلالا هذا إلى أن إبرام العقد ليس سوي مرحلة مـن مراحل تنفيذ عملية المناقصة فإذا طعن بالإلغاء في أحد القرارات الإدارية الـسابقة علي إبرام العقد ، ومع ذلك إبرام العقد فان ذلك لا يخرج عن انـه تنفيـذ لقـرار

إداري مطعون عليه بالإلغاء .

وهذا التنفيذ لا يمنع من الحكم بالإلغاء هذا من جهة ومن جهة أخرى فانه لما كان طلب وقف التنفيذ ليس إلا غرضا للجانب الحاد من المنازعة الموضـوعية بطلب الإلغاء فانه يترتب علي قبول طلب الإلغاء أن يكون طلب وقف التنفيذ بدوره مقبولا ، وبغير اعتداد في هذا الشأن بقيام الإدارة بتنفيذ القرار محـل الطعـن لان التنفيذ هنا تصرف من جانب الإدارة مردود عليها والاستناد إليه في الدفع بانعـدام المصلحة معناه أن في مكنة الإدارة دائما أن تضع القضاء أما الأمر الواقع وتعطـل مهمته ، وهو ما يهدر الرقابة القضائية ذاتها .

وتعقيبنا علي هذا الحكم سالف الذكر ..

يكشف هذا الحكم علي وجود تناقض من حيث أن القرار المنفصل يـدخل في عملية مركبة وإذا كانت سليمة فانه يكشف عـن سـلامة العقـد الإداري كلـه والعكس صحيح ، ولم يستثن مجلس الدولة من هذه القاعـدة إلا حالـة أن تنتهـي العملية المركبة بعقد حيث كان المجلس لا يقبل دعوى الإلغاء إذا كان هناك طريـق طعن مقابل ولكن هذا المسلك لا مجال له اليوم فمسلك مجلس الدولة الفرنسي فـي هذا الخصوص يرجع إلى أسباب تاريخية مقصورة علي فرنسا ولكن المجلس بـدأ يتخلي عن هذه القاعدة تدريجيا فألغي القرار الذي كان أساس للعقد دون أن يتصدي للعقد .

ولم يتقيد المجلس المصري بذلك فقد جاء في الدعوى رقم ١٧٥٣ لـسنة ١٠ ق[1]. مما يتعارض مع المنطق أن يلغي قرار إرساء المناقصة ثم يظل الإجراء المترتب عليه " وهو إبرام العقد " قائما ...." .

ولهذا فان الفقهاء الحديثين في فرنسا ينادون بضرورة تخلي مجلس الدولـة الفرنسي عن قضائه السابق . فالفقيه بيكينو في رسالته عن " النظرية العامة للعقـد

---

(١) راجع في ذلك القضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ ق المقامة من السيد على محمد عـزت ضـد وزارة الصحة .

الإداري "[1] . يري أن القضاء السابق غير منطقي وانـه يتعـين علـي القـضاء الإداري إلغاء العقد المبني علي قرار حكم بإلغائه لان عدم مشروعية القرار يسري علي العقد المبني عليه .

وقد اقترح الفقيه سالف الذكر إذا لم يقبل القضاء هذا الحـل الأصـيل أن يسلك في هذا الصدد المسالك الذي كثيرا ما يلجأ إليه في مجـال الوظيفـة العامـة فيحيل الأمر إلى الإدارة لتعمل حكم القانون أي تعمل علي إلغاء العقد .

أما الفقيه Weill في رسالته بعنوان " نتائج إلغاء القـرار الإداري لعيـب تجاوز السلطة " فيري أن فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكـوين العمليـة المركبة ، إنما يقصد به مجرد قبول دعوى الإلغاء . أما عند النظر إلـى شـرعية العملية برمتها فيجب أن ينظر إلى العملية ككـل لا يتجـزأ "Tout indivisible" فيبطل العقد إذا بطل أي قرار إداري كان أساسا لإصـداره وبـدأ مجلـس الدولـة الفرنسي يسير في هذا الاتجاه في حكمه الصادر في أول مارس سـنة ١٩٥٤ فـي قضية Societe C. Energie industreille في هذا الحكم قضى المجلـس بـأن إلغاء القرار الصادر بالتصديق على عقد امتياز يجعل طلب التفـسير المقـدم إلـى المجلس بعد ذلك غير ذي موضوع لان الشروط في العقد لا يمكن تنفيذها بـالرغم من انه لا الإدارة ولا المتعاقد معها قد طلبه أمام قاضي العقد[2] .

ابدى قسم الرأي رأيا مقاربا فـي فتـواه رقـم ٦٨٤ الـصادرة بتـاريخ ١٩٥١/١٢/١٣ حيث يقول : من المقرر في القانون الإداري أن العقـد يـتم علـى مرحلتين : الأولى تتم فيها الأعمال التمهيدية ، والثانية يـتم فيهـا إبـرام العقـد ، والأعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها ، وتلقى للعطـاءات

---

(١) راجع في ذلك الفقيه بيكينو طبعة ١٩٤٥ ص ٥٨٣
Les conséquences de L'annulation d'un acte . administratif pour excès de pouvoirs thèse paris ١٩٥٢

(٢) يراجع في ذلك المجموعة ص ٦٦ الفقرة الأخيرة من الحكم سالف الذكر التي تقوم .bien
Que ai le concèdent ni la concess. onnaire I'aient demande au juge de contrat de. Constater qu'en l'afsewce d'acte de finitif de concession la convention n'avait pas fait naître les droits qui résultent d'une concessions".

المقدمة فيها ، وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاضلة بين العطاءات فإرساء المناقصة بعد ذلك تكون بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح عن إرادتها هي وحدها دون غيرها . فكل ما يصدر من هذه القرارات يجب أن تسير فيه جهة الإدارة على مقتضى التنظيم الإداري المقرر لذلك .

ثم استطردت الفتوى تقول : وبما انه يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادرا من سلطة إدارية لها الحق في إصداره ويعتبر الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف .. وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميرة بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارة تفصح عن إرادية مصلحة المناجم في إحداث اثر قانوني ذلك أن المختص في هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشئون الوقود منه قرارا بقبول عطاء الشركة ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة[1].

(١) يراجع في ذلك مجموعة أبو شادي ص ٧٤٤.

الفصل الثالث

حجية حكم الإلغاء أمام قاضي العقد

يلتزم قاضي العقد باحترام وأعمال حجية حكم الإلغاء ، ولا يناقش مشروعية القرار المحكوم بإلغائه ، وألا يصدر في قضائه ما يتعارض وحكم الإلغاء ، وتسري حجية حكم الإلغاء أمام قاضي العقد ، ولو كانت الدعوى مرفوعة من غير المتعاقدين فأيا كان الأمر فلابد من الالتجاء إلى قاضي العقد لأنه صاحب الاختصاص الأصيل والمطلق في الحكم بإبطال العقد سواء كان القاضي مدنيا أو أداريا ، ولا يقتصر دور القاضي على ذلك بل يبحث مدى اثر الحكم الصادر بالإلغاء على العملية العقدية ، وما إذا كان قد تم تصحيح الإجراءات الباطلة بواسطة قرارات لاحقة ، كما يبحث فيما إذا كان إبطال العقد يؤدي إلى المساس بحقوق مكتسبة يجب حمايتها ، ويقرر المفوض Mosset في احد تقاريره إن قاضي العقد يختص بتحديد الأثر الذي يمكن أن يحدثه عدم مشروعية قرار إداري صادر عن إرادة واحدة على صحة الاتفاقات[1] .

أما إذا كان سبب إلغاء القرار يرجع إلى عيب في ذات القرار فإن قاضي العقد لا يملك أن يقرر صحة هذا القرار ، ولكنه يبحث في مدى تأثير بطلان القرار على صحة العقد نفسه .

وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية : إذا الغي قرار وزير المالية في جميع نصوصه بحكم من محكمة القضاء الإداري فإن مقتضى هذا الإلغاء اعتبار القرار منعدما من يوم صدوره وإلغاء كل ما يترتب عليه من آثار ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتد بتصفية عقد الطاعنة التي تمت بسعر ١٥٤,٥٠ ريالا للقنطار بناء على رفض المطعون عليها استلام أقطانها استنادا إلى قرار وزير المالية ، ولم يعمل اثر حكم الإلغاء على التصفية ولم تجر تسوية الحساب بين الطرفين بالسعر الذي تحدده اعتبارات التكامل في السوق والظروف الملابسة على

---

(١) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر ١٩٢٩/١/٢٥ Jovol ص ٩٤ وكذلك الحكم الصادر في ١٩٤٤/٥/١٦ Ste-Detroye ص ١٢٩.

أساس أن قرار وزير المالية لم يصدر أصلا فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون[1] .

أما إذا كان إلغاء مستندا إلى عدم مشروعية العقد نفسه أو عدم صحة شروطه هنا لا يستطيع قاضي العقد إعادة تقدير الأسباب التي استند إليها قاضي الإلغاء في حكمه لان في ذلك إخلال الشيء المقضي به . فحكم الإلغاء هنا يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله .

ويبين الفقيه "البير رافائيل" أن حكم الإلغاء في هذا الفرض له نفس قيمة الحكم الذي يصدر في المسائل الأولية[2] وإن كان الإجراء في الحالة الأخيرة أكثر سهولة ويسرا[3] .

ويلاحظ أخيرا أن إلغاء القرار القابل للانفصال عن العقد يؤدي فقط إلى بطلان الأعمال التي بني عليها الامتداد إلى الإجراءات السابقة عليه ، ومثال على ذلك " بطلان قرار التصديق على العقد لأنه صدر من غير صاحب الاختصاص أو دون أتباع الأشكال والإجراءات القانونية فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان قرار الترخيص بالتعاقد أو قرار إبرام العقد نفسه[4] .

ويستطيع الغير بحصولهم على حكم بإلغاء القرارات المنفصلة عن العقد أن يطالبوا بالتعويض لما أصابهم من ضرر ويكون حكم الإلغاء حجة أمام القاضي الذي ينظر دعوى المسئولية ، ويحرك حكم الإلغاء المسئولية السياسية للحكومة .

خلاصة ما تقدم :

أن للحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري حجية

---

(١) يراجع في ذلك حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٦٧/٥/٢١ طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٥ق السنة ١٨ صت ٩٢٧ ، وراجع كذلك للدكتور / عبد المنعم جيرة المرجع سالف الذكر ص ٢٠٢ هامش /١ .

(٢) يراجع في ذلك الفقيه البير رافائيل – المرجع السابق ص ١٦٤.

(٣) يراجع في ذلك د. جيرة . المرجع السابق ص ٢٠٢ .

(٤) راجع في ذلك د. جيرة . المرجع السابق ص ٢٠٣ .

مطلقة أمام قاضي العقد ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

أولا : إذا كان حكم الإلغاء قد استند إلى عيب شاب القرار القابل للانفصال في ذاته فإن دون قاضي العقد ينحصر في بيان ذلك العيب على العملية العقدية .

إذا ماذا استند حكم الإلغاء إلى عدم مشروعية العقد ذاتية فإن ما يقرره قاضي الإلغاء في هذا الصدد يلزم قاضي العقد ولا يسمح له بالقضاء رغم ذلك بصحة العقد أو خلوه من العيوب التي أثبتها قاضي الإلغاء .

ثانيا : إن بطلان القرار القابل للانفصال يقتصر أثره على الإجراءات التالية له التي بنيت عليه ولا يمتد هذا الأثر إلى الإجراءات السابقة عليه والتي تمت سليمة في ذاتها .

فالحكم بإلغاء الترخيص بإجراء التعاقد أو قرار استبعاد احد المتقدمين للمناقصة أو المزايدة أو قرار الممارسة بدلا من المزايدة أو المناقصة في الأحوال التي يلزم فيها القانون بذلك فكافة هذه الأحكام يترتب عليها بطلان العملية العقدية بأكملها .

أما الحكم بإلغاء القرار الصادر بإبرام العقد أو التصديق عليه لعيب شاب القرار في ذاته فليس من أثره بطلان كل الإجراءات السابقة على إبرام العقد أو التصديق عليه والتي تمت مطابقة لأحكام القانون .

ثالثا : انه إذا استحال أعمال حكم الإلغاء بسبب إتمام تنفيذ العقد فإن الحكم بالإلغاء يكون له اعتباره عند تقرير التعويض المستحق لمن اضره القرار الملغي بحقوقه[1] ، ويلاحظ أن الحكم الصادر بالإلغاء له حجية مطلقة أمام قاضي العقد ، ولو كانت الدعوى مرفوعة من غير المتعاقدين ويتولى قاضي العقد بحث اثر الحكم الصادر بالإلغاء على العملية العقدية ، ويبحث كذلك في اثر حكم الإلغاء على الحقوق المكتسبة ، ولا تمتد ولاية قاضي العقد إلى التقرير بصحة المطعون فيه بل يبحث في اثر بطلان القرار الطعين

(١) يراجع في ذلك د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة – آثار حكم الإلغاء ، الطبعة سنة ١٩٧١ ص ٢٠٢ ، ص ٢٠٣ .

على العقد نفسه . ٠

أما إذا كان حكم الإلغاء مستندا إلى عدم مشروعية العقد نفسه أو عدم صحة بعض نصوصه هنا لا يستطيع قاضي إعادة تقدير الأسباب التي استند إليها قاضي الإلغاء في حكمه لأن في ذلك إخلال بحجية الشئ المقضي به ، وعلى قاضي العقد الأخذ بحكم الإلغاء ، وبالتالي يلغي العقد بأكمله .

ويقتصر اثر الحكم بالإلغاء على الإجراءات التي بنيت على القرار المطعون فيه ، ولا تمتد إلى غيرها من الإجراءات .

ويتبقى من حجية حكم الإلغاء أمام قاضي العقد انه للغير المطالبة بالتعويض على ما يترتب من آثار على إلغاء القرار المطعون فيه وتقام المسئولية على الإدارة اثر إلغاء القرار الطعن أو العقد نفسه .

ومما سبق كان في حالة إذا تم رفع دعوى بإلغاء القرار محل الطعن ولكن ما هو اثر حكم الإلغاء في حالة عدم رفع دعوى أمام قاضي العقد ؟

للإجابة على هذا التساؤل يستتبع بداية بيان قيمة الحكم الصادر بإلغاء القرار محل الطعن إذا كان لا يؤدي إلى إبطال العقد ، ولبيان هذه القيمة بغرض لتقرير المفوض روميو في قضية Martin حيث بين في تقرير النتائج التي يمكن أن تترتب على حكم الإلغاء حيث جاء به إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية Platonique ، فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق ، وقد يبقى العقد برغم الإلغاء إذا لم يتقدم احد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع يطلب فسخ العقد .

ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم أو تبعث التردد في نفوسكم فأنتم تعلمون تماما أن دعوى الإلغاء إلا انه يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى ، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية ، فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام لحكمكم . أما إذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون لهذا الحكم دائما أثر هام يتركز في انه أعلن حكم القانون

ولكم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله إياها القانون لحكي يراقب قرارات الإدارة ، وانه قد نور الرأي العام بحيث يمنع في المستقبل العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة ، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير ومستلزمات الديمقراطية[1] .

وفي مصر تأثر القضاء الإداري بما ورد في تقرير مفوضي الدولة روميو سالف الذكر وترددت نفس المعاني التي وردت بهذا التقرير في احكامه منذ بداية إنشاء مجلس الدولة وحتى قبل اختصاصه بنظر منازعات العقود الإدارية وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري غفي احد أحكامها ومن حيث انه لا يقدح في ذلك ما قد يخيل بادئ الرأي من أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينهي إلى إلغاء العقد ذاته ، وذلك لان مناط الاختصاص هو ما إذا كان ثمة قرار إداري يجوز أن يكون محلا للطعن بالإلغاء أم لا فحيثما يمكن فصل مثل هذا القرار عن العملية المركبة فإن طلب إلغائه يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري على أن وجه المصلحة في الطعن ظاهر إذا لوحظ أن قرار الإلغاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية (لأن العقود كانت جميعا من اختصاص القضاء المدني) كما أن الذين لا يستطيعون الطعن في العقد مدنيا لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافا في العقد يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به .. وقد يؤدي إلغاء القرار إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم[2] .

النتائج التي تترتب على حكم الإلغاء في حالة عدم الاحتجاج به أمام قاضي العقد :

يمكننا استنباط بعض النتائج المستقاة من أحكام القضاء على النحو التالي :

١. أن غير أطراف العقد ليس لهم من سبيل للدفاع عن حقوقهم إلا في الالتجاء

---

(١) العبارة التي بالمتن والتي أوردت في تقرير مفوض روميو من ترجمة الأستاذ الدكتور / سليمان الطماوي في مؤلفه عن العقود الإدارية سالفة الذكر ، ص ١٨٤ .

(٢) العبارة التي بالمتن والتي أوردت في تقرير مفوض روميو من ترجمة الأستاذ الدكتور / سليمان الطماوي في مؤلفه عن العقود الإدارية سالفة الذكر ، ص ١٨٤.

إلى قاضي الإلغاء يستوي في ذلك أن يكون العقد مدنيا أو أداريا .

٢. أن الفائدة الكبرى لقضاء الإلغاء هو إعطاء المواطنين حق الرقابة على شرعية أعمال الإدارة . وهذا هو الذي يفسر التوسع في شرط المصلحة لقبول دعــوى الإلغاء .

٣. يستطيع غير أطراف العقد في حالة حصولهم علــى حكــم بإلغــاء القــرارات المتصلة بالعملية العقدية أن يطالبوا بالتعويض عما أصــابهم مــن أضــرار ، ويكون حكم الإلغاء حجة أمام القاضي الذي ينظر دعوى المسئولية[1] .

٤. يتضمن حكم الإلغاء كذلك تنوير للرأي العام وزجرا للإدارة من أن تلجأ مــرة أخرى في الحالات المستقبلة إلى مثل هذه الإجراءات الباطلــة ، وقــد يمثلهــا الحكم على تصحيح الإجراء الباطل في الحالة التي صدر بشأنها حكم الإلغــاء إذا ما أمكن ذلك ويرى بعض الفقهاء أن تصحيح هذا الإجــراء الباطــل لــيس مجرد واجب أدبي بل هو التزام قانوني يقع على عاتق الإدارة[2] بالإضافة إلى ما تقدم فإن حكم الإلغاء قد يحرك المسئولية السياسية للحكومة .

---

(١) محكمة القضاء الإداري الحكم الصادر في ١٩٥٦/١١/١٨ قضية رقم ١٧٥٣ لــسنة ١٠ق مجموعة القضاء الإداري ١ لسنة ١١ ص ٢٧ .

(٢) من الفقهاء الذين قالوا بهذا الرأي الفقيه بو سيير ، المرجع السابق ، فقرة ٧٦ .

الخاتمة



خاتمة عامة :

وبعد أن وصلنا بعون الله وتوفيقه إلى نهاية بحثنا عن موضـــوع " العقـــد الإدارى وقضاء الإلغاء " ، وقد بدأنا فى بوتقه هذا البحث بباب تمهيدى اشتمل على مفهوم العقد الإدارى ، ومعيار تمييزه عن غيره من التصرفات القانونية التـــى قـــد تتشابه معه بصفة عامة ، وعن العقد المدنى بصفة خاصة ، ثم تناولنا فـــى القـــسم الثانى من هذه الرسالة الاختصاص القضائى فى مجال منازعات العقود الإداريـــة ، وركزنا عن دور قضاء الإلغاء فى المراحل التى تمر بها العملية التعاقدية منذ وقت الإعلان عن المناقصة أو المزايدة حتى يتم انعقاد العقد، وانتهائه . نستطيع أن نقول بعد كل ذلك أنه مازال هناك بعـــض المـــشاكل والتعقيـــدات والتـــساؤلات يثيرهـــا موضوع العقد الإدارى ، وهذا وضع طبيعى ومنطقى ينـــتج عـــن تطـــور الحيـــاة الإدارية طالما أن هذه الحياة تنبض بالتطور والتغير حتـــى تـــتلاءم مـــع طبيعـــة واحتياطات العصر والمجتمع وينضج ثمار هذا التطور بمدى تفاعل تطـــور الحيـــاة الإدارية مع تطور المجتمع وهذه هى من أهم سمات الحياة الإدارية وإذا كنـــا قـــد تناولنا بالبحث نقطة " العقد الإدارى وقضاء الإلغاء " موضوع هذه الرســـالة فهـــذا يرجع لما لمسناه أن هذه النقطة محل البحث تعد من أهم المـــشاكل التـــى يثيرهـــا موضوع العقد الإدارى .

حيث أنه معلوم لدى الكافة إن المنازعـــات التـــى يثيرهـــا العقـــد الإدارى تخضع لاختصاص القضاء الكامل ، وليس لقضاء الإلغاء إلا نصيب ضئيل بالنسبة لبعض المنازعات التى تثيرها العملية العقدية ، بالإضافة إلى ذلك فـــإن المؤلفـــات الفقهية التى تناولت مدى خضوع المنازعات التى يثيرهـــا العقـــد الإدارى لقـــضاء الإلغاء قصرته على القرارات القابلة للانفصال عـــن العقـــد الإدارى إلا أننـــا فـــى موضوع رسالتنا هذه حاولنا بعون من الله أن نقدم للباحث عملية تنقيب واسعة فـــى محيط العقد الإدارى لاستخراج القرارات الإدارية التى تخضع لاختصاص قـــضاء الإلغاء فى كافة المراحل التى يمر بها العقد الإدارى ، وقـــد كمنـــت أهميـــة هـــذا الموضوع فى بيان كيفية تأثير الحكم الصادر بإلغاء القـــرار الباطـــل فـــى العقـــد

الإدارى على العملية العقدية، كما ينطوى موضوع هذه الرسالة على نقطة لها ذات الأهمية بالنقطة سالفة الذكر لوحدة الموضوع بينهما وهى خاصة بمدى خضوع العقد الإدارى لقضاء الإلغاء باعتباره وسيلة يستطيع القضاء الإدارى أن يمد رقابته إلى مسائل لم تكن تدخل أصلا فى اختصاصه ومن قبيل ذلك الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية .

بالإضافة إلى ما تقدم فإن قضاء الإلغاء يعتبر أهم وسيلة لتحقيق الهدف من الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، فمن المعلوم أن قضاء التعويض يقتصر دوره أساسا على جبر المضرور مع بقاء مصدر الضرر قائما ، ومازالت المصلحة العامة تستنجد بنا لتحقيق العدالة المطلقة وتلك لا تتحقق إلا ببتر مصدر هذا الضرر وهو القرار الإدارى الباطل المتعلق بالعقد الإدارى كما أن من مميزات قضاء الإلغاء هو امتداد حجية الحكم الصادر بالإلغاء فى مواجهة الكافة فضلا على أن إطلاق ولاية قضاء الإلغاء فى إلغاء القرارات الإدارية يحمل الإدارة على احترام مبدأ المشروعية فى كافة تصرفاتها القانونية .

ويلاحظ إننى استعنت فى هذا البحث بالأحكام الحديثة الصادرة من المحكمة الإدارية العليا والفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة كلما دعا موضوع البحث إلى ذلك مع احتفاظنا بالأحكام والفتاوى الصادرة فى تواريخ سابقة ، وقد كان لدور الفتوى أهمية قصوى فى بيان الأسس الجوهرية لبعض الموضوعات لم تسمح الظروف بطرحها أمام القضاء باعتبار أن الفتوى مكملة ومفسرة لأحكام القضاء . وقد راعيت فى استخلاص المبادئ القانونية من الأحكام القضائية والفتاوى الحفاظ على العبارات القانونية التى وردت فى هذه الأحكام والفتاوى دون تعديل بها ، وكذلك الأمر بالنسبة للأسباب التى استندت إليها فى تأسيس الأحكام والفتاوى المنتهية إليها .

كما واكبت فى محيط بحثى سالف الذكر القوانين الحديثة التى تتعلق بموضوع البحث، ومن قبيل ذلك القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادر بتنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية فقمت بتدوين النصوص الجديدة الواردة

فى هذا القانون ولم أشر إلى النصوص القديمة على سبيل المقارنة حتى لا أشتت ذهن القارئ .

وإذا كنت قد أشرت فى بعض أحكام المحكمة الإدارية وفى بعض الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى نصوص قانون تنظيم المناقصات والمزايدات السابقة فهذا لا يعد إلا مجرد إيضاح الأمر أمام الباحث عن كيفية تطبيق المبادئ العامة على الحالة المعروضة ونترك لفطنة القارئ مراعاة التعديل الطفيف الذى ورد فى القانون الحالى .

وأملى فى الله أن أكون قد وفقت فى إعداد هذه الرسالة وأن أكون قد قدمت علما ينتفع به رجال القانون والقضاء وجموع المشتغلين بشئون العقود الإدارية فى مختلف المصالح والهيئات الحكومية وغير الحكومية .

وبعد :

إذا كان لكل باحث توصيات يريد أن يدلى بها بهدف إيضاح الحلول التى توصل إليها بقدر الإمكان لكل مشكلة صادفها فى بحثه لكى يضع الموضوع موضع البحث فى بوتقه النجاح .

لذا فإننا نخصص لبحثنا هذا خاتمة تتضمن أهم النتائج التى توصلنا إليها من خلال تناولنا لموضوع العقد الإدارى وقضاء الإلغاء ، ونحاول بجهد متواضع أن نتوج بحثنا بالآراء القانونية التى اجتهدنا فيها توصلا لوضع الأمور فى نصابها الصحيح من خلال ما نوصى به بصفة عامة فى هذه الخاتمة .

وعلى ذلك فسوف نقسم الخاتمة على النحو التالى :

أولا : النتائج المستخلصة فى الموضوعات الآتية :

١- بالنسبة لمفهوم العقد الإدارى .
٢- عن معيار تمييز العقد الإدارى .
٣- المراحل التى تمر بها العملية التعاقدية .
٤- قضاء الإلغاء فى منازعات العقود الإدارية .
٥- دور قضاء الكامل فى منازعات العقود الإدارية .

٦- أثر الحكم الصادر بإلغاء القرار الطعين على العملية العقدية .

وأخيرا يمكننا الآن القول بان دور قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية يعد بمثابة رقيب وإنذار موجه لجهة الإدارة مقتضاه ضرورة مراعاة قواعد الشرعية القانونية في كافة تصرفاتها .

ومن هنا نناشد الجهات الإدارية احترام حجية الشئ المقضي فيه بالنسبة للحكم الصادر بإلغاء القرار المشوب بأحد أوجه الإلغاء في العقود الإدارية التي قامت بإبرامها بتصحيح هذه القرارات دون المساس في ذلك بالعقد ذاته ولو كان هذا القرار يمس مرحلة إبرام العقد ذاته أو مرحلة تنفيذه ، ويبقى العقد قائما وساريا لا نحبذ المناداة بإلغاء العقد الإداري ذاته بناء على الحكم الصادر بإلغائه لمخالفة ذلك قواعد توزيع الاختصاص القضائي في نطاق القضاء الإداري ، وهذا يؤدي إلى الاختلاط بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل بالإضافة إلى ذلك أن المجال الأصيل لقضاء العقود يدخل في نطاق القضاء الكامل ، ولا يدخل في اختصاص قضاء الإلغاء إلا استثناء على النحو السالف بيانه .

تم بحمد الله وتوفيقه ،،،

قائمــة المراجــع



المراجع العربية

(أ) الكتب العامة

١- د. / سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية دار الفكر العربي ١٩٩١ .

٢- د./ عبد الرازق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " نظرية الالتزام "

٣- د./ حشمت أبو ستت : نظرية الالتزام سنة ١٩٥٤ .

٤- د./ محمد رفعت عبد الوهاب : القانون الإداري طبعة سنة ١٩٨١ .

٥- د./ محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة – القانون الإدارية العربي .

٦- د./ عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الإداري – دار النهضة العربية ١٩٨١.

٧- د./ محمد فؤاد عبد الباسط : أعمال السلطة الإدارية طبعة ١٩٨٩ – الإسكندرية .

٨- د./ جابر جاد نصار : التوفيق فى بعض منازعات الدولة .

٩- د./ حسين درويش عبد العال : النظرية العامة في العقود الإدارية سنة ١٩٥٨

١٠-د. ثروت بدوي : ١-القانون الإداري عام ١٩٧١ .

٢- النظرية العامة في العقود الإدارية طبعة ١٩٧٦

١١-د./ عبد الفتاح صبري أبو الليل : أساليب التعاقد الإداري طبعة سنة ١٩٩٤ .

١٢-د. توفيق شحاته : مبادئ القانون الإداري سنة ١٩٥٥ .

١٣-د. بكر القباني : القانون الإداري (المبادئ العامة والتنظيمات الإدارية – دار النهضة العربية سنة ١٩٨٥) .

١٤-د./ عمر حلمي : معيار تمييز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ١٩٩٣ .

١٥-د./ احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية .

١٦-المستشار / سـمير صـادق : - العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا سنة ١٩٩١ - ميعاد رفع دعوى الإلغاء - طبعة الأولي ١٩٦٩ .

١٧-د./ علي محمد علي عبد المولي : الظروف التي تطـرأ أثنـاء تنفيـذ العقـد الإدارية دراسة مقارنة ١٩٨١ .

١٨-د./ عمر حلمي : طبيعة اختـصاص القـضاء الإداري بمنازعـات العقـود الإدارية ١٩٩٣

١٩-د. / محمد عبد اللطيف : العقود الإدارية - المنصورة سنة ١٩٨٧ .

٢٠-د./ محمود حلمي : العقد الإداري سنة ١٩٧٧ .

٢١-د./ مصطفي عبد المقصود سليم : معيار العقد الإداري وأثر علي اختـصاص مجلس الدولة - دراسة في أحكام القضاء الإداري في مصر وفـي فرنـسا - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥ .

٢٢-د./ ياقوت العشماوي و د./ عبد الحميد عثمان : مجموعة أحكـام وقـرارات المحكمة العليا الجزء الثاني - قرارات التفسير .

٢٣-د./ محمود سلامة جبر : نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء (بدون تاريخ)

٢٤-د./ أحمد حافظ نجم : القانون الإداري - دراسة قانونية لتنظيم ونشاط الإدارة العامة سنة ١٩٨١ .

٢٥-د./ سليمان الطماوى :

١- دروس في القضاء الإدارى دراسة مقارنة سنة ١٩٧٦

٢- النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة سنة ١٩٧٦ ، ١٩٨٤

٣- الأسس العامة للعقود الإدارية دراسـة مقارنـة ١٩٨٤ (دار الفكـر العربي)

٤- المطول في القضاء الإداري .

٢٦- د. / ثروت بدوى : القانون الإداري ١٩٦٨ ، ١٩٨٠ .

٢٧-د./ علي الفحام : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري سنة ١٩٧٦ .

٢٨- د./ مجدي النهري : مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية سـنة ١٩٨٨ مكتبة العالمية بالمنصورة .

٢٩-د./ محمد الشافعي أبو رأس :

١- القانون الدستوري - دراسة تأصيلية في النظرية العامة .

٢- القضاء الإدارى.

٣٠-د./ محمد رمزي الشاعر :

١- قضاء التعويض ، مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية سنة ١٩٩٥ .

٢- تدرج البطلان في القرارات الإدارية ١٩٦٨.

٣١-د. / محمد سعد حسين أمين : دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها سنة ١٩٩٤ .

٣٢- د./ محمد كامل ليلة : ١- مبادئ القانون الإداري - الكتـاب الأول ١٩٦٩ - دار النهضة العربية - بيروت .

٢- الرقابة علي أعمال الإدارة طبعة ١٩٧٠ .

٣٣-د./ محمود جمال الدين زكي : الوجيز في النظرية العامة للالتزامـات فـي القانون المدني ط ٣ سنة ١٩٧٨ .

٣٤- د./ رأفت فودة : ١- عناصر وجود القـرار الإدارى - دراسـة مقارنـة ١٩٩٩ - دار النهضة العربية .

٢- النظام القانونى للميعاد فى رفع دعـوى الإلغـاء - دراسة مقارنة ١٩٩٨ دار النهضة العربية .

٣٥-د./ عبد الباسط جميعي : مبادئ المرافعات ١٩٧٨ .

٣٦-د/ خميس السيد إسماعيل : دعوى الإلغاء ووقـف التنفيـذ للقـرار الإداري

١٩٩٢ – دار النهضة العربية ص ٣٢ .

٣٧-د./ سعاد الشرقاوى : قضاء الإلغاء وقضاء التعويض .

٣٨-د./ سليمان الطماوى : مبادئ القانون الإداري سنة ١٩٥٥ .

٣٩-د./ ماجد راغب الحلو : القانون الإدارى طبعة ١٩٨٧ القانون الإداري عـام ١٩٩٤

٤٠-د./ وحيد رأفت : القانون الإداري ١٩٣٧ ، ١٩٣٨ .

٤١-د./ سليمان الطماوى : الوجيز في القانون الإداري ١٩٨١ .

٤٢-د./ مصطفي أبو زيد فهمي : ١- نظرية المرافق العامة ١٩٥٧ .

٢- القضاء الإداري ومجلس الدولة ١٩٧٩ .

٣- قانون المرافعات الإدارية ١٩٨٨ .

٤- القضاء الإداري ١٩٦٠

٤٣-د./ محمد أنس قاسم جعفر : ١- الوسيط في القانون العام ١٩٩٤ .

٢- العقود الإداريـة-دار النهـضة العربيـة – طبعة ٢٠٠٢.

٤٤-د./ محمد رفعت عبد الوهاب و د/ عاصم عجيلة : القانون الإداري ١٩٨٥ .

٤٥-د./ محسن خليل ، د./ سعد عصفور : مؤلف مـشترك – القـضاء الإداري ١٩٧٧.

٤٦-د./ طعيمه الجرف :

١- مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ١٩٧٦

٢- رقابة القضاء لأعمال الإدارة – قضاء الإلغاء ١٩٧٧ .

٤٧-د./ عبد الحكيم فوده : الخصومة الإدارية – الإسكندرية – دار المطبوعـات الجامعية ١٩٩٦.

٤٨-أ.د/ سليمان الطماوى : القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – القاهرة دار الفكر

العربي ١٩٨٦ .

٤٩-أ.د/ عثمان خليل : ١- مجلس الدولة - القاهرة - الطبعة الرابعة عام ١٩٥٦.

٢- مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة طبعة ١٩٦٢.

٥٠-أ.د/ ماجد راغب الحلو : القضاء الإداري ١٩٩٩ - دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية .

٥١-د./ عبد الفتاح حسن : ١- قضاء الإلغاء سنة ١٩٨٢

٢- انعدام القرار الإداري

٥٢-د./ محمود عاطف البنا : الوسيط في القضاء الإداري .

٥٣-أ.د/ فتحي والي : مبادئ القضاء المدني - الطبعة الثالثة ١٩٧٥ .

٥٤-د./ رمزي سيف : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية .

٥٥-محمد علي راتب / محمد نصر الدين كامل ، فاروق راتب : قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة الخامسة ١٩٦٨ .

٥٦-أ.د/ محمود سامي جمال الدين : ١- الدعاوى الإدارية - طبعة ١٩٩١

٢- المنازعات الإدارية .

٥٧-ا.د/ عبد الغني بسيوني : ولاية القضاء الإداري - قضاء الإلغاء ١٩٨٣ .

٥٨-أ.د/ محمد فؤاد عبد الباسط : نشاط الإدارة ووسائلها ١٩٨٥ .

٥٩-د. / محمد حسنين عبد العال : الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري.

٦٠-أ.د/ أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية طبعة ١٩٧٦ .

٦١-د./ عبد العزيز خليل بدوي : الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها طبعة ١٩٧٠ .

٦٢- أ.د / سعد عصفور : القضاء الإداري .

٦٣- د./ عدنان الخطيب : الإجراءات الإدارية ١٩٦٨ .

٦٤- د./ أحمد كمال الدين موسي : نظرية الإثبات في القانون الإداري .

٦٥- أ.د/ محمد فؤاد مهنا : الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة ١٩٥٦ .

٦٦- أ.د/ محمود حافظ : القضاء الإداري – طبعة ١٩٦٦ .

٦٧- أ.د/ فؤاد العطار : القضاء الإداري – ١٩٦٨ .

٦٨- أ.د / محسن خليل : القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة طبعة ١٩٦٨ .

٦٩- أ.د/ مصطفي كامل : مجلس الدولة ١٩٥٣ .

٧٠- أ.د/ عبد الفتاح حسن : ١- التفويض في القانون الإداري وعلم الإدارة العامة ١٩٧١/٧٠ .

٢- قضاء الإلغاء

٧١- أ.د/ مصطفي محمود عفيفي : المبادئ العامة للإجراءات الإدارية غير القضائية – طبعة أولي ١٩٩٠ .

٧٢- أ.د/ مصطفي كمال وصفي : أصول إجراءات القضاء الإداري طبقا للقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ – طبعة ١٩٧٨ .

٧٣- أ.د / سليمان الطماوى : القضاء الإداري ورقابة الأعمال الإدارية دراسة مقارنة ١٩٦١ .

٧٤- أ.د / إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزامات – الجزء الثاني – ١٩٦٧ .

٧٥- المستشار الدكتور / محمد احمد عطية : قضاء الأمور المستعجلة في العقود الإدارية .

٧٦- المستشار / محمد عبد اللطيف : القضاء المستعجل ١٩٦٨ .

٧٧- أ/ حسين درويش عبد العال : النظرية العامة في العقود الإدارية طبعة أولي – ١٩٥٨ – الجزء الثاني .

٧٨- المستشار/عبد الرحيم علي:قانون لجان التوفيق في بعض منازعات الدولة ٢٠٠٠.

ب- الرسائل والأبحاث المتخصصة

١- د./ أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية رسالة دكتوراه دار النهضة العربية القاهرة سنة ١٩٧٣ .

٢- د./ ثروت بدوي : المعيار المميز للعقد الإداري - مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٧ سبتمبر وديسمبر سنة ١٩٥٧

٣- د./ ثورية لعيوني : معيار العقد الإداري - رسالة دكتوراه - حقوق عين شمس سنة ١٩٨٧

٤- د./ زكي محمد النجار : نظرية البطلان في العقود الإدارية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - حقوق عين شمس سنة١٩٨١ .

٥- د./ محمد عبد الواحد الجميلي : ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري - رسالة دكتوراه دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥ .

٦- د./ أكثم الخولي : المشروع العام وشبه العام في القانون المصري - بحث في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق - عين شمس سنة ١٩٦٠

٧- د./ السيد محمد إبراهيم : مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية بحث في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة ١٩٧٠ .

٨- د./ عبد الهادي العطافي : الإصلاح وسلامة الفكرة القانونية بحث في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ١٩٧٠ .

٩- د./ محمد صلاح عبد البديع : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة رسالة جامعة الزقازيق سنة ١٩٩٣ .

١٠- د./ محمد فؤاد مهنا : ١- أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه يبحث في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ١٩٥٦ .

٢- مبادئ القانون الإداري المصري المقارن طبعة ١٩٥٩

١١- د./ محمد كامل مرسي : أجرة الوكيل مجلة القانون والاقتصاد س٨ ١٩٣٨ العدد الخامس .

١٢- د./ ثروت بدوي : المعيار المميز للعقد الإداري - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٢٧ سبتمبر - ديسمبر ١٩٥٧ .

١٣- د./ محمد فؤاد عبد الباسط : أعمال السلطة الإدارية طبعة ١٩٨٩ - الإسكندرية

١٤- د./ فؤاد العطار : عقد الأشغال العامة - رسالة دكتوراه بالفرنسية طبعة ١٩٥٥

١٥- د./ عثمان خليل : نظرية المرافق العامة عام ١٩٥٨ .

١٦- د./ ثروت بدوي : رسالة دكتوراه " فعل الأمير في العقود الإدارية طبعة ١٩٥٧ "

١٧- أ/ إبراهيم مشيمس إبراهيم : مقال عن الاعتمادات المالية وأثرها في المراكز القانونية للموظفين - مجلة مجلس الدولة سنة ٨ ، ٩ ، ١٠ سنة ١٩٦٠ .

١٨- د./ عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الإداري - رسالة دكتوراه سنة ١٩٥٧ .

١٩- د. طعيمه الجرف : شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري - رسالة دكتوراه - الطبعة العربية - القاهرة ١٩٥٦ .

٢٠- د./ عبد المنعم جيره : أثار حكم الإلغاء - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة

- ١٩٧٤.

٢١- د./ محمود حافظ : القرار الإداري – دراسة مقارنة سنة ١٩٧٥.

٢٢- د./ عبد الحميد حشيش : القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري – مجلة مصر المعاصرة .

٢٣- د./ محمد شوقي السيد : التعسف في استعمال الحق (معياره وطبيعته في الفقه والقضاء وفقا لأحكام القانون المدني المصري – رسالة دكتوراه – القاهرة سنة ١٩٧٩ .

٢٤- أ.د/ محمد فؤاد مهنا: حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة – مجلة مجلس الدولة ١٩٥١.

٢٥- أ.د/ محمود حافظ : نظرية الدعوى الموازية في القانون الفرنسي مجلة القانون والاقتصاد – عدد مارس ١٩٥٩ .

٢٦- أ/ محمد سعيد أحمد : التفويض في الاختصاصات في النظام الإداري – مجلة الإدارة ١٩٦٩ .

٢٧- أ./ شفيق حسن زكي : التفويض في الاختصاص – مجلة الإدارة ١٩٧٠ – عدد أكتوبر .

٢٨- أ.د / محمد فؤاد مهنا : القرار الإداري في القانون الإداري المصري والفرنسي مجلة الحقوق – السنة السابعة العددان الثالث والرابع .

٢٩- د./ السيد محمد إبراهيم : الرقابة علي الوقائع في قضاء الإلغاء – رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية ١٩٦٣ ،

٣٠- د./ محمد سلامة جبر : النظريات القضائية في الرقابة علي التناسب بين الخطأ والجزاء دراسة مقارنة – بحث منشور بمجلة قضايا الدولة عدد يوليو سنة ١٩٩١ .

٣١- أ.د/ صلاح عبد البديع : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري – رسالة دكتوراه سنة ١٩٩٢ .

٣٢- أ.د/ محمد منير : قضاء الأمور المستعجلة رسالة دكتوراه ١٩٨٨ .

٣٣- أ.د/ عبد الباسط الجميعي : الوكالة الظاهرة – بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة – العدد الثاني يوليه ١٩٦٣ .،

٣٤- أ/ السلال سعيد جمعه الهويدي : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية – رسالة ماجستير في القانون العام – جامعة طنطا – كلية الحقوق .

(جـ) مجموعات الأحكام والمبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري والمحكمة الدستورية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع – ومحكمة النقض

١- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ١٩٦١ .

٢- مجموعة أحكام ومبادئ المحكمة الإدارية العليا سنة ١٩٦٥ لسنة ٦ ق .

٣- مجموعة أحكام ومبادئ الإدارية العليا سنة ١٩٦٣ .

٤- الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١ للأستاذين : حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني – الإصدار المدني جـ٧ .

٥- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض – المكتب الفني – الجزء الأول .

٦- مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري المجموعة السنة ١١ ، ١٥ ق والمجموعة في خمسة عشر عاما .

٧- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المجموعة السنة ٢٩ ق .

٨- مجموعة أحكام محكمة النقض لسنة ٢٣ ق.

٩- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا لسنة ١ق ، ٤ ق.

١٠- مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى

والتشريع طبعة ١٩٦٤ للأستاذ / أحمد أبو شادي .

١١- مجموعة أحكام القضاء الإداري السنة الثامنة والسنة التاسعة .

١٢- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا سنة ١٩٨٠ .

١٣- مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة السادسة .

١٤- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات من ١٩٦٦/١٠/١ حتي آخر سبتمبر ١٩٦٩ .

١٥- مجموعة أحكام القضاء الإداري السنة الخامسة .

١٦- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا السنة ١٣ ق.

١٧- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا السنة ٧ ق ، السنة ٨ ق.

١٨- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات ١٩٥٥ - ١٩٦٥ . .

١٩- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاما ١٩٥٥- ١٩٧٠ .

٢٠- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما ١٩٨٠ - الجزء الثاني (د-ع)الهيئة المصرية العامة للكتابة سنة ١٩٨٣ .

٢١- مجموع أحكام المحكمة الإدارية العليا السنة ٣٢ ق - الجزء الأول من أول أكتوبر ١٩٨٦ - حتى نهاية فبراير ١٩٨٧ .

٢٢- الموسوعة الإدارية الحديثة - الطبعة الأولي ١٩٨٦ - ١٩٨٧ الجزء الثامن عشر .

٢٣- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاما ١٩٤٦ -١٩٦١ .

٢٤- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمس سنوات ١٩٦١ - ١٩٦٦ .

٢٥- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات ١٩٦٦/١٠/١ حتي آخر سبتمبر سنة ١٩٦٩ .

٢٦- مجموعة المجلس - المكتب الفني - الجزء الأول .

٢٧- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض - مجموعة المكتب الفني - الجزء الأول .

٢٨- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء الرابع يناير سنة ١٩٨٧ - يونيو سنة ١٩٩١.

٢٩- مجموعة المبادئ للتي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عامة ١٩٦٥ - ١٩٨٠ الجزء الثاني (د- ع) الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٣ .

٣٠- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا - السنة ٣٢ قضائية الجزء الأول ، أول أكتوبر ١٩٨٦ - فبراير ١٩٨٧ .

٣١- مجموعة أحكام قرارات المحكمة العليا / الجزء الثاني ، قرارات التفسير ، ياقوت العشماوى ، وعبدالحميد عثمان .

٣٢- مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام ١٩٤٦ حتي عام ١٩٨٥ - الموسوعة الإدارية الحديثة أعداد د./ نعيم عطية والأستاذ / حسن الفكهاني .

٣٣- المجموعة الرسمية لمحكمة استئناف الإسكندرية الأهلية المختلطة ١٩٢٧ .

٣٤- مجموعة التشريع والقضاء - السنة السادسة ق ، ٤١ ق .

٣٥- الجازيت ٢٤ ، ١٦ .

٣٦- مجموعة المكتب الفني سنة ٦ ، ٧ ق الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.

٣٧- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا لسنة ٢٧ ق ١٩٩٣ .

٣٨- مجموعة فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لسنة ١٩٩٢ .

٣٩- مجموعة المكتب الفني لمجلس الدولة سنة ٨ق .
٤٠- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس وعــشرون سنة .
٤١- مجموعة مجلس الدولة – السنة العاشرة ، والسنة الأولي السنة الثالثة .
٤٢- مجموعة أحكام محكَمة القضاء الإداري – للأستاذ / محمود عمــر الجــزء الأول .
٤٣- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا السنة الثالثة .
٤٤- مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري السنة السادسة
٤٥- الموسوعة الإدارية الحديثة – جزء ٣٣ سنة ١٩٨٥ – ١٩٩٣

د – مجموعة المجلات القانونية والاقتصادية العربية وأهــم التشريعات

١- تفسير المنار ٩٨/٦ .
٢- مجلة المحاماة السنة ٢٢ ق .
٣- مجلة القانون العام ١٩٢٤
٤- مجلة القضاة .
٥- مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧١ .
٦- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة العدد الثاني يوليو ١٩٩٣ .
٧- قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظــيم المناقــصات والمزايــدات ولائحتــه التنفيذية .
٨- قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم مجلس الدولة .
٩- فتح القدير – للشوكاني .
١٠- مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتــصادية ســبتمبر – ديــسمبر ١٩٧٠ .
١١- مجلة مصر المعاصرة –القرارات القابلة للانفصال عــن العقــد الإداري د./

عبد الحميد حشيش .
١٢- مجلة القانون العام ١٩٣٦ ، سنة ١٩٤٩ .
١٣- دستور جمهورية مصر العربية ١٩٧١ .
١٤- مجلة هيئة قضايا الدولة سنة ١٩٩١ العدد الثالث
١٥- مجلة العلوم الإدارية – السنة الثانية .
١٦- مجلة الإدارة ١٩٧٠ عدد إبريل - مجلة الإدارة ١٩٧٠ عدد أكتوبر .
١٧- مجلة الحقوق –العددان الثالث والرابع .

المراجع الأجنبية

أولا : الكتب العامة

1- L'Duguit : Traite de Droit constitionnel – 1927 .

2- L.Rol l land : Precis de Droit administrat if 9- e-ed – 1941.

3- G Rivero : Droit administratif – 1980 .

4- M. Waline : De la situation juridique del'usager d'un service publie . l'orilique de legisl et de juris 1933.

5- De laubadere : Traite des contrats administratifs – I.2.e. ed 1983

6- Jeze : Prineipes – I-I-I).

7- Petko. Stainov : La theorie des contrats administratifs et le droit socialiste.

8- VEDEL : Droit administratif – 1968 .

9- Geon – Rivero : Droit administratif – 1973 الطبعة الثامنة

10-I. De laubadere : F – moderne .

11-Bunko : Contrats adminiستative – 1961

12-Mark- rag – lεd. : Magizine droit public France 1924

13-G-vdel : Remarques – sur .La notion de clause exorbitatnte – l'evolution – de droit public – 1965 .

14-Coudevylle (Andre) : La notion de mandot en droit administratif, A. J. A. septembre 1979- p. 7

15-De laubadere (Andre) : Traite de droit adminisitratif 7-edition – L.G.D. 1976 – T.i Et 11ed – 1990 –

Traite the orique et prataique des contrats administratifs 1956.

Traite des contrats administatifs 1983

Traite de droit administratif 1984

16-Gavdevet M-V-) : La Methode du juge administratif.

17-Georgel (j) : Theorie generale des contrats administratif – juris – classeur

Administratif fascicule 500 et 502.

18-Auby (J.M) et Droge (R) : Contentieux a dministratif 1962 , 1975

19-Bourjol (M) : Droit administratif l'action administrative 1972 .

20-De la marrierre (E-S) : Elements de methodolgique Juridi que 1976 .

21-La marque (jean) : Recherches sur l'application du droit prive aux services publics administratifs 1960 .

22-Rivero (J) : Droit administratif 1983-1987 .

Droit administatif – ed – 1990

23-Sourioux (J.Louis) et lerat (p). : le langage du droit 1975

24-Ve del (G) et Delvolve (p) : Droit administratif themis p.U.F. g'edition – 1984 – Et edition de 1990 .

25-Waline (M.) : Droit administration 1957 le edition sirey .

26-Wigny (p.) : Droit administratif principes generaux 1962

27-Brard (yves) Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre presonnes prievees c.p. 1981 . i. N 3032 .

28-E- Beroit :

Droit administratif france 1968

29-Faline :

Droit adminstratif – 1969 .

30-Chabut et M. louriou

La jurisprudence – adminstratif.

31-Moureau :

Je – Droit administratif . Ed – 1989 .

32-Andre – cornuil

Les contrats administratif . 1983

33-Weill, Long , Braibant كتاب الأحكام الكبـــرى للقـــضاء الإداري الفرنسي للأساتذة طبعة ١٩٧٨

34-Jeze :

Le regime . juridique du contrat administratif . R. D. P. 1914.

35-**Geanneau :** lies principes generaux du droit dans la jursprudence .administratif 1954 .

36-B.lasserre :

Les recours. In repertoire du – conentieux – administratif.

37-Bonnard :

Le contrale juridictionnel de l'administration – 1934.

38-Alibert :

Le controle juridictionnel de l'administration – 1926 .

39-Michel .D. Stossino :

Traite des ates auministratibs Alnenes 1954 .

40-M- Fornacclari :

Conclusions – precities – 1987 .

41-Guillien :-

L'exception .de recours parallele.

42-Berlia lovice :

De forme et contrate de la legalite des actes . administratifs . R.D.p – 1941

43-M.fornaccari : -

Conciusions – Prasitces – R.F.D.A. 1987

44-Elachoume – les grands decisins de juris sprudence .

(ب) الرسائل والأبحاث ومجموعات المجلات والأحكام الأجنبية

A- les Guvrages . Les Theses et les Article :

1- Magize Droit publigue : notions waline – p. 571 – 1966

2- E.tudes et Document conseil d'Et at 1958.

3- L'actulite juridi que droit administratif.

4- Dulletin civil .

5- Chapus – these " Responsabilite – publique et responsbilite prive

6- AuBy (j. M) et Drago (R) . contentieux administratif – paris – 1962- T.L
7- Chapus (Rene) Droit administatif General Tome 1.90 – edition Monthrestien – 1995.
8- Co lin – (j.p) la nature juridique des marches de travaux passes par les societes d'economie mixte . 'concession naires de travaux publics A-J-A.A 1966 – p. 474 .
9- Gerald . Hubercht (Hurbert). Les contrats de service public . these Bordeaux. 1980
10-Josse (P.L.) Note sous l'arret societe peyrot c/societe de l'autoroute Esterel cote A,Azur Dolloz . 1963 .
11-Larsy (M) : conclusions sous l'arret T.C.8 Juillet 1963 societe d'entreprise peyrot . s.societe de lautoroute . Estere l cote d'Azur. Dalloz. 1963
12-Mazeres (J.Arnaud) : Oue reste- t'il de la Jurisprudece societe Enter prise peyrot. Melanges Paul Cauzinet .
13-Moderref – Note sous C.E 30 Mai 1975 ste d'equipement de la region Montpe llier ain D.1975 .
14-Kechlin (V.F) : Competence administratif et judiare de 1800 , 1830 these paris –1950
15-Lamarque (J) : Le declin du critere dr la clause exorbitante Melonges . Waline .1974
16-Odent : Contenteux administratif. L.G.D. J. 1965 – 1966
17-Poujade (B) : La cour de cassation dt le declin de la clause exorbitante comme critere du contrat administratif. L.D.A. 17 Avril 1992. P. 2
18-Prevost (A) : La recherche du critere du contrat adminmistif . La qua lite des cocontract – ants – R.D.P . 1971 – P. 817
19-Ouiot (G) : Aux origines de la distinction gestion Publique – gestion privee . These .
20-Rainaud . (jean – Marie) : Le contrat . aministratif volonte des parties . ou loi de service public R..D.P 1985 P. 1183 /

21-Rivero (j) : Droit administratif . Dalloz – 1990

22-Rivero (M) : Hauriou et l'avenement de la pation de service public – Melanges – Mestre .

23-Truchet. (Dadier) : Le contrat administratif en le droit contrmporain des contrats . These rennes 1987 .

24-Auby (J.M) : Note sous l'arret C.E. 26 Juin 1974 , Societe La mainson des Isolants de France . R.D.P 1974 .

Note sous l'arret t.c.8 Juillet 1963 . Societe. Entreprise peyrot. C. Societe de l'autoroute Esteret cote d'Azur. J.c. p. 1963. 11.13375

25-Coudevy lle (A) : La notion de mandat en droit administratif A.J.D.A 1979 .

26-De laubadere (Andre) : Du pouvoir de l'administration dimposer des changements aux dispositions des contrates administratifs R.D.P 1954.

27-Delvolve (P) : De la nature Juridique des societes d'econome mixte et de leurs. Marches de travaux . R.D.P. 1973.

28-Drago (R) : Paradoxes sur les contrats administratifs Melanges Jacques flour.

29-Lamarque (J) : Les difficultes presentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit prive AJDA. 1961

Le declin du critere de la clause exorbitante , Melanges . Waline 1971

30-Lescuyer (G) : Le controle de L'etat. Sur les entreprise publiques .

31-Liet – Veaux (G) : les criteres du contrat administratif Revue . Administrative 1968.

32-Weil (P) : Le critere du contrat administratif en crise . melanges waline 1974. le renouveau de la theorie du contrat administratif et ses difficultes . Melanges Michel stassinopoulos . 1974 .

33-VEDEL (G) : Remarques surlanotian de clouse exorbitante , Melanges Mestre 1957 .

34-Vedel (Georges) et Delvolve (P.) Droit administraitif . THE Mis.p.v.f. ge edition 1984 Et edition de 1990.

35-Waline (M) : Droit administratif edition sirey 1957 .

36-Les Recueils les periodique s et les Revues :-

a- Recueil lebon des arrets du conseil d' Etat .

b- Recueil des arrets du tribunal des conflits .

c- Recueil des arrets de la cour de cassation . Juris – classeur – administratif – juris – classeur – propricte.

d- Actualite juridique (A.J)

e- Actualite juridique de Droit Administratif (A- J- D.A)

f- Revue Administratifs .

g- Revue . de Droit. Public (R.D.P)

h- Juris – Classeur – Administratif – (J.C.A)

i- Juris – classeur – Propriete (J- c.p) .

j- Dalloz.

k- Sirey.

l- Ouotidien Juridique .

37-VEDEL (G) Remarques sur la Notion de clause exorbitante. Melanges . Mestre 1957

38-GAUDEMET. (M-Y) La Methode du Juge Administratif.

39-Bouvard : Cass. Soc. – D – Nov.

40-Meglines . droit public 1930 .

41-L- actulite juridqe droit administratif.

42-Petko stainov : la theorie des contrats administratifs et le droit socioliste . R.b. p. 1966

43-Dulletin civil

44-G. Carbonnier : Droit civil les obligations presse . universitaire francaise 1982.

45-Marty et – p. Roynaud : Traite et Droit civil . T. TT – les Mol les obligations – 1962 .

46-G- Marty et. P. Roynaud : Op.cit. . qulil est une convention generatrice d' obligations .

47-Dullet in Civil .

48-Amselek : La qualification des contrats de l'administration par la jurisprudece " (A- J- D. A) 1983

49-Jean – Marie Rainous : le contrat – administratif – volonte des parties – ou - loi service public R.D.P. 1995.

50-Jacquignon : Le regimee des biens des entreprises nationales – paris – 1956.

51-J- Kahno : La notion juridique de marche public " October – 1968

52-J. F. Fabre : Les marches des collectivites locales – 1956 – et lavadrea – les marches de L'Etat. 1960.

53-Arrighi : Essai – sur le caractere administratif des marchces de. Fournitures – th – paris – 1915.

54-M- Hauriou : (prcis de droit administratif – 1927)

55-Duez et G Debeyre – Traite de droit administratif – 1952.

56-A de laubadere : Traite du droit administratif – paris – L-G- D- J- 1981- tome.

57-Aucoc : conference sur L'administation et ledroit administratif . l'ere edit.

58-Berthe lemy : Traite elementaire de droit administratif – 13 emeedite .

59-C.Galioy : Les contrats Entre perronnes – publiques – these – Toulouse – 1978 .

60-Gobolde : Essai sur la Nation d'urgence en Droit . adminstratif- Frances – these 1951

الفهرس

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

